UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

École doctorale de droit de la Sorbonne
Département de droit international et européen

THÈSE
Pour l'obtention du titre de Docteur en droit
Présentée et soutenue publiquement
le 9 décembre 2021 par

Nikoleta GEORGAKOUDI

Les compétences exclusives en matière civile et commerciale

Étude de droit international privé

Sous la direction de **Monsieur Étienne PATAUT**
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Membres du jury :

Madame Marie-Élodie ANCEL
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Monsieur Tristan AZZI
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Madame Sabine CORNELOUP
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas (Rapporteur)

Monsieur Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO
Professeur à Sciences Po (Rapporteur)

Monsieur Étienne PATAUT
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Directeur de recherche)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteure.

À mes parents

Remerciements

À la fin de ce long voyage, je voudrais remercier tous ceux qui m'ont soutenue.

Je tiens avant tout à exprimer ma profonde gratitude à Monsieur le Professeur Étienne Pataut, qui a accepté de diriger ma thèse. Je le remercie pour ses conseils précieux, sa disponibilité et sa bienveillance tout au long de mon parcours doctoral et universitaire.

Je remercie aussi Mesdames et Messieurs les Professeurs Marie-Élodie Ancel, Tristan Azzi, Sabine Corneloup et Diego P. Fernández Arroyo, d'avoir accepté de lire et d'évaluer mes travaux.

Je tiens également à remercier du fond du cœur mes parents, Thanasis et Kaiti, à qui je dois tout et sans qui la réalisation de cette thèse n'aurait jamais été possible. Mes remerciements vont aussi à mon frère, Giorgis, et à ma belle-sœur, Ntina, qui ont toujours cru en moi et m'ont constamment soutenu dans mon projet.

Enfin, je voudrais remercier mon compagnon, Christos, pour sa présence à mes côtés et son soutien moral pendant ces années.

Résumé

La consécration des règles de compétence exclusive en matière civile et commerciale est largement admise en droit international privé comparé. Elles sont généralement présentées comme étant fondées sur l'implication de la souveraineté de l'État, soit parce que son territoire est physiquement en cause soit parce que le litige concerne le fonctionnement des services publics de l'État. La première hypothèse vise le cas du for du lieu de l'immeuble, exclusivement compétent pour statuer sur les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles, alors que la seconde concerne le cas où le contentieux porte sur les aspects organiques des sociétés, la validité des inscriptions sur les registres publics, la validité des droits intellectuels ou l'exécution des décisions. À ces arguments juridiques, s'ajoute une série de considérations pratiques, qui prétendent conforter la justification de l'exclusivité de la compétence juridictionnelle, comme la coïncidence nécessaire entre le *forum* et le *jus* pour préserver l'impérativité de la loi du for. Toutefois, les arguments avancés, afin d'expliquer l'édiction de ces règles de compétence, sont-ils véritablement convaincants, surtout si on se place dans un espace judiciaire fortement intégré, fondé sur la confiance mutuelle et la coopération, comme celui de l'Union européenne ? Le caractère raisonnable des fors exclusifs est, en effet, critiqué dans certains domaines visés, puisque la prépondérance de l'élément étatique dans une matière ne requiert pas l'adoption d'une compétence exclusive et aucune corrélation mécanique ne peut être établie entre la compétence juridictionnelle et l'applicabilité de la loi impérative du for. Les règles de compétence exclusive peuvent, par ailleurs, susciter des problèmes pratiques lors de leur mise en œuvre et on assiste à une profonde mutation, au niveau européen, du for exclusif prévu en matière de propriété intellectuelle. Dans ces conditions, il convient de s'interroger sur l'avenir et même la pertinence de la survivance de ces règles, notamment sur le plan européen. Un système alternatif d'organisation des compétences, fondé sur la coopération entre les juges, est envisageable dans l'espace judiciaire européen, permettant d'échapper à l'exclusivité de la compétence juridictionnelle dans certaines matières visées. Toute une panoplie de méthodes alternatives d'ordre coopératif peut être mobilisée, afin d'instaurer un dialogue fluide entre les juges, conduisant à un modèle de compétence plus souple que la solution rigide, qui consiste à établir des compétences exclusives.

Mots-clés :

droit international privé, droit de l'Union européenne, système des conventions de La Haye, conflit de juridictions, compétence exclusive en raison de la matière, principe de souveraineté, procédure civile, effet réflexe des compétences exclusives, conflit de compétences exclusives, arbitrage international, fédéralisme européen, mécanismes de coopération interjudictionnelle.

Abstract

The establishment of exclusive jurisdiction rules in civil and commercial matters is widely accepted in comparative private international law. They are generally presented as being based on the implication of State sovereignty, either because its territory is physically involved or because the dispute concerns the functioning of the State public services. The first hypothesis refers to the case of the court, located in the place where the real estate is situated, which has exclusive jurisdiction to rule on rights *in rem* in immovable property and leases of immovable property. The second hypothesis refers to the case where the proceedings have as their object the organic aspects of companies, the validity of entries in public registers, the validity of intellectual property rights or the enforcement of judgments. In addition to these legal arguments, there is a series of practical considerations that support the justification of the court's exclusive jurisdiction, such as the necessary coincidence between the *forum* and the *jus*, in order for the mandatory nature of the forum law to be preserved. However, an open question is whether the arguments, put forward to explain the adoption of these rules of jurisdiction, are really convincing, especially in a highly integrated judicial area, based on mutual trust and cooperation, such as the European Union. The rationality of exclusive fora is indeed criticized in some of the concerned areas, since the preponderance of the state element in a matter does not require the adoption of an exclusive jurisdiction rule and no automatic correlation can be established between the court's jurisdiction and the applicability of the mandatory forum law. Moreover, the rules of exclusive jurisdiction may give rise to practical problems when implemented, and we are witnessing a profound change, at European level, of the exclusive forum provided in intellectual property matters. Under these conditions, it is appropriate to question the future and even the relevance of the survival of these rules, especially in the European Union. An alternative system of jurisdiction, based on cooperation between judges, is conceivable in the European judicial area, making it possible to avoid the court's exclusive jurisdiction in certain targeted matters. A whole range of alternative methods of cooperation can be mobilized in order to ensure a fluid dialogue between judges, leading to a model of jurisdiction, which is more flexible, than the rigid solution of establishing exclusive fora.

Keywords :

private international law, European Union law, Hague Convention system, conflict of jurisdictions, exclusive subject matter jurisdiction, principle of sovereignty, civil procedure, reflex effect of exclusive jurisdictions, conflict of exclusive jurisdictions, international arbitration, European federalism, mechanisms of inter-jurisdictional cooperation.

Principales abréviations

Adde	Ajouter
AJ fam.	Actualité juridique famille
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. ASA	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. Joly	Bulletin Joly
c.	Contre
CA	Cour d'appel
CEDH	Cour (ou Convention) européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements
Civ. 1re	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
CNUDCI	Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. com. électr.	Communication et commerce électronique
Concl.	Conclusions
Contra	En sens contraire
D.	Recueil Dalloz
Dactyl.	Dactylographiée
Defrénois	Répertoire du notariat
DIP	Droit international privé
dir.	direction
Dr. et pat.	Droit et Patrimoine
Dr. soc.	Revue Droit social
éd.	édition
(éd.)	éditeur
(éds.)	éditeurs
etc.	*et cætera*
Europe	Revue Europe
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	*Ibidem* (au même endroit)
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly

IJPL-RIDP	International Journal of Procedural Law-Revue international de droit processuel
Infra	Ci-dessous
Int. Comp. Law Q	International and Comparative Law Quarterly
J.-Cl. Brevets	Jurisclasseur Brevets
J.-Cl. dr. int.	Jurisclasseur de droit international
J.-Cl. Europe	Jurisclasseur Europe
JCP	Jurisclasseur Périodique (La Semaine Juridique), édition générale
JCP E	Jurisclasseur Périodique (La Semaine juridique), édition entreprise
JCP G	Jurisclasseur Périodique, édition générale
JCP N	Jurisclasseur Périodique (La Semaine juridique), édition notariale
JDI	Journal du Droit international
JO	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LDIP	Loi de droit international privé suisse
LPA	Les Petites Affiches
LQR	Law Quarterly Review
Mél.	Mélanges
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observations
op. cit.	*opere citato* (dans l'ouvrage cité)
p.	page
pan.	Panorama (Recueil Dalloz)
pp.	pages
préc.	précité
préf.	Préface
Rappr.	Rapprocher
RBI	Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale
RBI *bis*	Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)
RBII *ter*	Règlement (UE) n° 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte)
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye
RDAI	Revue de Droit des Affaires internationales
RDUE	Revue du Droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil

rééd.	Réédition
Rép. dr. int.	Répertoire de droit international
Rép. proc. civ.	Répertoire de procédure civile
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. et proc.	Revue Droit et procédure
Rev. Europe	Revue Europe
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. prop. ind.	Revue propriété industrielle
Rev. soc.	Revue des sociétés
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
s.	suivant(e)s
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	spécialement
supra	Ci-dessus
t.	Tome
Trav. Com. fr. DIP	Travaux du Comité français de Droit international privé
TGI	Tribunal de grande instance
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
V.	Voir
Vol.	Volume

Sommaire

INTRODUCTION **1**

PARTIE I : LA REMISE EN CAUSE DES RÈGLES DE COMPÉTENCE EXCLUSIVE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ **15**

Chapitre I - Les fondements des règles de compétence exclusive 15

Chapitre II - La remise en question des fondements des compétences exclusives 93

PARTIE II : LES PROBLÈMES PRATIQUES CAUSÉS PAR L'EXCLUSIVITÉ DE LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE **161**

Chapitre I - La portée problématique des compétences exclusives 161

Chapitre II - La prise en compte de la compétence exclusive étrangère 251

Chapitre III - Les éventuels conflits de compétences exclusives 315

PARTIE III : LE TRAITEMENT ACTUEL DES COMPÉTENCES EXCLUSIVES ET LA RECHERCHE DES SOLUTIONS ALTERNATIVES **379**

Chapitre I - L'assouplissement des règles de compétence exclusive 379

Chapitre II - L'atténuation de l'exclusivité à travers la mise en place des mécanismes de coopération entre les juridictions nationales 463

CONCLUSION GÉNÉRALE **553**

Bibliographie **559**

Index alphabétique **587**

Table des matières **591**

INTRODUCTION

1. ***Le rôle important du conflit de juridictions en droit international privé***. Le droit international privé est *« le droit spécial, applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales »*[1], lesquelles se définissent comme celles qui nouent des liens avec plusieurs pays, par leurs éléments intrinsèques. Il s'agit d'une matière qui couvre essentiellement l'étude de deux questions, à savoir le conflit de lois et le conflit de juridictions. Le premier concerne l'ensemble de règles et de méthodes relatives à la détermination de la loi applicable à un rapport de droit affecté d'un élément d'extranéité et constitue traditionnellement le cœur du droit international privé. Quant au conflit de juridictions, il couvre à la fois les règles relatives à la détermination de la compétence internationale directe des tribunaux d'un État, ainsi que les règles relatives aux effets dans un État des jugements rendus par les tribunaux étrangers.

La conception du contenu du droit international privé a subi une modification essentielle dans les dernières années à travers l'importance croissante que recouvre le conflit de juridictions, qui s'est placé au centre d'attention des législateurs et de la doctrine[2]. En effet, le conflit de juridictions n'est plus considéré comme le *« parent pauvre »*[3] du droit international privé, mais comme un élément clé, que ce soit par les règles de l'instance directe ou de l'instance indirecte. Les règles concernant la désignation de la juridiction compétente peuvent exercer une grande influence sur la loi applicable et jouent alors un rôle décisif quant au résultat matériel à obtenir.

---

[1] P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Précis Domat, Montchrestien, 12e éd., 2019, n° 2, p. 18.

[2] Sur le rôle primordial du conflit de juridictions en droit international privé, v. E. JAYME, *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne*, RCADI, 1995, vol. 251, p. 47-48.

[3] V. F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, Economica, Paris 2016, n° 2, p. 2 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica 2008, p. 1. La compétence juridictionnelle internationale a fait l'objet de nombre d'études, v. not., Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981 ; P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé*, RCADI, 1986, vol. 196, spéc., p. 127s. ; E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions, (Étude de droit international privé)*, LGDJ, préface P. Lagarde, 1999 ; B. AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité : Cours général*, RCADI, vol. 305, 2003, spéc. p. 359 et s. ; A. VON MEHREN, *Theory and practice of adjudicatory authority in private international law : a comparative study of the doctrine, policies and practices of common and civil-law systems*, RCADI, 2002, vol. 295.

Les principes de détermination de la compétence juridictionnelle. La détermination de la compétence juridictionnelle dans des situations internationales s'appuie essentiellement sur deux principes, à savoir la concurrence des fors et leur caractère raisonnable[4]. Les juges de plusieurs États peuvent être compétents pour trancher le même litige et les décisions rendues par ces derniers seront, en principe, reconnues et exécutées à l'étranger, à condition qu'elles respectent certaines conditions. L'effectivité des décisions judiciaires constitue un élément important du système de compétence, dans la mesure où aucun État n'a intérêt à ce que ses juridictions tranchent des litiges dont les jugements ne sont pas susceptibles d'être efficaces à l'étranger.

Dans de nombreux ordres juridiques se retrouvent des critères de compétence juridictionnelle largement acceptés et fondés, dans une grande mesure, sur la proximité entre le for désigné et la situation visée. En d'autres termes, la détermination de la compétence d'un juge pour connaître d'un litige dépend du lien entre ce litige et l'État du juge. La compétence juridictionnelle internationale désigne *« un corps de règles dont l'objet est de déterminer les hypothèses dans lesquelles une affaire entretient des liens suffisamment étroits avec un État pour que ses juridictions puissent intervenir »*[5].

Le recours au principe de proximité vise à rendre objectif et concret le caractère raisonnable de la compétence. *« L'acceptation générale d'un for donné est en relation directe avec le caractère essentiel ou principal que les éléments pris en considération ont dans la relation juridique envisagée et avec la liaison évidente entre ladite relation et l'ordre juridique du juge, à travers, justement, ces éléments »*[6]. Le domicile du défendeur est considéré comme *« le paradigme du for raisonnable »*[7], puisque ce critère permet d'identifier *« le lieu dans lequel une personne peut être trouvée avec une marge considérable de probabilité et qui en même temps doit lui permettre, en principe, d'exercer ses droits de la défense »*[8].

---

[4] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI, 2006, vol. 323, n° 16, p. 36 et s..

[5] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, *op. cit.*, n° 2, p. 3. L'auteur explique que la compétence internationale peut aussi être définie comme l'organisation de la concurrence internationale des juridictions, qui comprend trois rapports : la détermination de la juridiction compétente, la solution des conflits de procédure lorsque plusieurs juges sont saisis d'affaires proches ou identiques et l'effet donné aux jugements eux-mêmes. v. n° 7 et s..

[6] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, n° 23, p. 43.

[7] *Ibid*, n° 25, p. 44.

[8] *Ibid*.

2. *La prééminence des fors exclusifs*. Toutefois, ce chef de compétence n'écarte pas la concurrence d'autres fors raisonnables qui présentent aussi un rattachement important avec le litige. Malgré son importance, il n'est pas la règle qui, dans son application, s'impose avec le plus de force. Ce sont, en effet, les fors exclusifs qui prévalent sur tous les autres. À l'égard de certaines matières, les États considèrent traditionnellement que seuls leurs tribunaux peuvent être saisis, déniant toute compétence concurrente aux juridictions étrangères.

Dans le cadre de notre étude, nous examinerons les compétences exclusives en raison de la matière prévues dans le domaine civil et commercial. Nous avons choisi le domaine civil et commercial, car il constitue le cœur du droit international privé et c'est dans celui-ci qu'on constate l'édiction expresse des règles de compétence exclusive, sur le plan européen[9]. L'hypothèse visée est celle où la compétence exclusive a trait à la matière en cause et la volonté des parties est absolument inefficace. Tel est, par exemple, le cas de la matière réelle immobilière, pour laquelle les États de situation se réservent fréquemment compétence exclusive.

En droit international privé, il y a plusieurs cas dans lesquels on rencontre la notion de « compétence exclusive » dans des contextes différents de celui visé dans notre thèse. C'est, par exemple, le cas de la compétence fondée sur la volonté des parties, puisque le tribunal désigné par une clause attributive de juridiction est investi d'une compétence exclusive, sauf convention contraire des parties.

Par ailleurs, pendant longtemps, le droit français accordait un caractère exclusif à la compétence du juge fondée sur la nationalité française de l'un des plaideurs (articles 14 et 15 du Code civil). L'exclusivité de la compétence fondée sur ces dispositions a finalement été supprimée par la jurisprudence[10]. D. P. Fernández Arroyo explique aussi que la juridiction exclusive est, parfois, attribuée à certains tribunaux judiciaires ou arbitraux internationaux. Mais, dans ce cas, *« on peut parler de juridiction exclusive plutôt que de compétence car c'est*

[9] Il convient de préciser que selon l'arrêt *Eurocontrol* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), la matière civile et commerciale vise les relations auxquelles n'est pas partie une personne publique agissant dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique (CJCE 14 oct. 1976, *Eurocontrol*, aff. 29/76, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 776, note G. DROZ ; *JDI* 1977, p. 707 note A. HUET ; *Cah. dr. eur*. 1977, p. 146, note G. LELEUX).

[10] Civ. 1re, 23 mai 2006, *Prieur*, n° 04-12.777, *D.* 2006. Chron. 1846, obs. AUDIT, *JCP* 2006. II. 10134, note CALLÉ ; *JDI* 2006. 1377, note CHALAS ; *Rev. crit. DIP* 2006. 870, note GAUDEMET-TALLON ; Civ 1re, 22 mai 2007, *Fercométal*, n° 04-14716**,** *Rev. crit. DIP* 2007. 610, note GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2007. 956, note ANCEL et MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2008, no 82, p. 28, note M.-L. NIBOYET.

toute la catégorie d'affaires relatives à la matière qui est écartée du jeu normal des compétences étatiques »[11]. La situation, qui sera principalement étudiée, dans le cadre de notre thèse, est celle où la compétence exclusive des juridictions étatiques est édictée en raison de la nature de la matière visée.

Les sources internationales du droit international privé. Il est également important de souligner que le mode d'élaboration des règles de droit international privé – parmi lesquelles celles relatives au conflit de juridictions – a profondément changé en raison du grand bouleversement, qui a affecté les auteurs de ces règles. Une partie importante de ces dernières provient aujourd'hui de sources internationales, ce qui a considérablement réduit le domaine d'application des règles nationales[12]. Il faut surtout signaler la participation d'un grand nombre d'États à la Conférence de La Haye de droit international privé, qui a élaboré de nombreuses conventions multilatérales et l'adoption successive des règlements dans le cadre de l'Union européenne, qui a profondément bouleversé la matière.

Parmi les conventions de La Haye, qui portent sur la compétence internationale, il convient d'évoquer la Convention de la Haye du 30 octobre 2005 sur les accords d'élection de for et la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale. Nous aurons l'opportunité d'examiner les aspects de ces textes qui intéressent notre sujet ainsi que l'avant-projet de Convention de La Haye sur la compétence internationale des tribunaux et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale – même si la tentative d'adoption d'une telle convention a finalement échoué, il sera intéressant d'étudier l'approche retenue par ce texte à propos des règles de compétence exclusive.

Concernant les règlements européens, il faut mentionner le Règlement Bruxelles I *bis* (RBI *bis*), qui a une portée considérable, puisqu'il régit le droit de la compétence internationale dans le domaine civil et commercial pour toute demande formée contre un défendeur domicilié

[11] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, n° 108, p. 124.

[12] En France, le droit national de la compétence internationale est établi à partir tant du Code de procédure civile que de textes plus ponctuels. Dans les arrêts *Pelassa* et *Scheffel* de la Cour de cassation, la jurisprudence a énoncé que *« la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne »* (Civ. 1re, 19 oct. 1959, *Pelassa*, *D.* 1960, p. 37, note G. HOLLEAUX ; Civ. 1re, 30 oct. 1962, *Scheffel*, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 387, note Ph. FRANCESCAKIS ; *D.* 1963, p. 109, note G. HOLLEAUX). Le droit interne de la compétence territoriale est alors amené à intervenir dans la détermination de la compétence internationale.

dans l'Union européenne[13] et règlemente les conflits de procédures entre juridictions de pays européens ainsi que la réception des décisions rendues par ces mêmes juridictions. Ce texte va nous intéresser particulièrement, car il prévoit à son article 24 une liste exhaustive des compétences exclusives en raison de la matière, au profit des tribunaux des États membres, indépendamment même du domicile du défendeur.

3. ***Le sens du mot « exclusivité »***. Avant de donner quelques indications sur la notion de compétence exclusive, il ne serait pas sans intérêt d'essayer de comprendre le sens du mot « exclusivité » employé en droit. O. Cachard[14] souligne que l'exclusivité est un mot récent dont l'emploi apparaît dans le premier XIX^{e} siècle. Il est dérivé du verbe *exclure* lequel provient du latin *ex-cludere* qui veut dire ne pas laisser entrer.

L'exclusivité dépasse, pourtant, l'exclusion laquelle peut être définie comme la mise à l'écart d'une chose ou d'une personne. Même si elle suppose l'exclusion, l'exclusivité va plus loin, car elle suppose la mise à l'écart complète d'une chose ou d'une personne par rapport à une autre[15]. Selon O. Cachard, le droit peut difficilement se passer du concept d'exclusivité qu'il finit inéluctablement par consacrer.

L'exclusivité apparaît souvent comme une modalité de l'exercice d'une mission d'intérêt public. Parmi les exemples cités par l'auteur, pour illustrer ses propos, figure le fait qu'en droit international privé commun, les juridictions françaises se voient reconnaître des chefs de compétence exclusifs qui vont s'opposer à la compétence du juge étranger. L'exclusivité des juridictions françaises s'opposera, ainsi, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions étrangères.

L'identification des cas de compétence exclusive. La notion de compétence exclusive est délicate à définir et aucune liste de ces fors n'est consacrée de façon expresse par le législateur dans de nombreux ordres juridiques. En France, par exemple, c'est la jurisprudence qui est

[13] Le RBI *bis* a, néanmoins, supprimé cette condition de domicile du défendeur pour les règles de compétence en matière de consommation et de travail (v. articles 18 et 21 du règlement). La condition de domicile des parties sur le territoire d'un État membre a été aussi abandonnée en présence d'une clause attributive de juridiction désignant les juridictions d'un État membre (v. article 25 du règlement).

[14] O. CACHARD, « L'exclusivité » in *Mélanges en l'honneur de Jacques Foyer, Le monde du droit*, 2008, Economica, p. 215.

[15] Selon la définition du Vocabulaire juridique de l'association d'Henri Capitant, le caractère exclusif est le caractère *« de ce qui ne tolère ni partage, ni adjonction, ni mélange »* (G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, PUF, 12^{e} éd.).

intervenue afin de reconnaître des cas de compétence exclusive. On constate une absence de *« principe directeur bien défini permettant d'identifier les cas de compétence exclusive, mais seulement quelques solutions non reliées entre elles »*[16].

Le législateur européen a, cependant, édicté à l'article 24 du RBI *bis*, une liste de chefs de compétence exclusive, qui ont trait aux immeubles, aux sociétés, aux inscriptions sur les registres publics, à la propriété intellectuelle et à l'exécution des décisions. Comme nous l'avons précisé, cette disposition va nous intéresser particulièrement ainsi que la jurisprudence de la CJUE à propos de celle-ci, dans la mesure où son champ d'application est considérablement étendu ; elle s'applique sans considération du domicile du défendeur et le droit national des États membres se trouve, alors, affecté.

Le sujet ne sera pas traité dans un cadre strictement européen, mais en ayant un esprit comparatiste et en tentant d'identifier les fors exclusifs en raison de la matière tant en droit national qu'en droit international – nous observerons, toutefois, que les matières dans lesquelles est prévu ce type de règles sont similaires à celles visées par l'article 24 RBI *bis*.

L'exclusivité apparaît comme une dérogation au caractère concurrent des règles de compétence juridictionnelle internationale, produisant diverses conséquences au stade de l'instance directe et au niveau des effets des jugements. Autrement dit, l'État désigné par la règle de compétence exclusive réserve la connaissance des litiges visés à ses seuls tribunaux, excluant tout autre for possible, même s'il s'agit d'un for étroitement lié au litige en cause et la méconnaissance de la règle constitue une cause de refus de reconnaissance et d'exécution des jugements qui ne la respectent pas.

4. ***Les fondements des fors exclusifs***. Les fondements des compétences exclusives établies dans le domaine civil et commercial, à savoir le principe de souveraineté et une série des considérations pratiques – comme la coïncidence entre le *forum* et le *jus*, la proximité du juge et la centralisation du contentieux devant une seule juridiction – feront l'objet d'un examen approfondi, pour s'assurer du bien-fondé des arguments avancés en vue d'expliquer l'adoption de ces fors.

[16] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, n° 718, p. 564, LGDJ, 7e éd., 1983.

Quant au principe de souveraineté, il convient de noter que dans les matières envisagées, un fort intérêt étatique est censé exister, justifiant la protection particulière dont doit jouir la compétence relative à ces matières. La consécration d'une compétence exclusive, qui prétend monopoliser tous les litiges internationaux portant sur une matière donnée et présentant un lien de rattachement avec le for, doit résulter de l'identification d'un intérêt vraiment important qui l'exige. Une proximité considérable entre une affaire et un État ne peut justifier que la compétence concurrente des juridictions de celui-ci.

L'implication de la souveraineté étatique se manifeste principalement de deux manières, soit par le fait que le territoire de l'État est physiquement en cause, soit par le fait que le litige concerne le fonctionnement des services publics de l'État. La première situation vise le cas du juge du lieu de l'immeuble, exclusivement compétent pour statuer sur les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles tandis que la seconde concerne l'hypothèse où le contentieux porte sur la validité des sociétés ou celle des décisions de leurs organes, la validité des inscriptions sur les registres publics, la validité des droits de propriété intellectuelle ou l'exécution des décisions.

5. Par ailleurs, pendant longtemps, la problématique de la compétence internationale des juridictions a été conçue en termes de conflits de souverainetés. À la fin du XIX^e^ et au début du XX^e^ siècle, la majorité des auteurs considérait que les règles de droit international privé déterminent les frontières de la souveraineté des États, en opérant une répartition des compétences législative et juridictionnelle de l'État du for et des États étrangers[17]. Cette approche avait justifié la règle de compétence des juridictions françaises pour connaître des litiges entre Français et la règle d'incompétence de ces juridictions pour connaître des litiges entre étrangers.

Cette conception publiciste de la compétence internationale a, pourtant, été progressivement abandonnée au profit d'une conception privatiste, qui invite à résoudre les problèmes de droit international privé en fonction des intérêts des parties plutôt que de ceux des États[18].

[17] V. not. E. BARTIN, *Études de droit international privé*, Librairie Marescq, A. Chevalier-Marescq & Cie, Paris, 1899, spéc. p. 16, p. 79 et p. 146 ; « Théorie général des conflits de juridiction », *JDI* 1928. 5, p. 6 ; *Principes de droit international privé*, T. I, Domat, Paris, 1930, § 55 ; A. PILLET, *Le droit international privé considéré dans ses rapports avec le droit international public, Étude systématique et méthodique*, Larose et Forcel, Paris, 1892 ; *Traité pratique de droit international privé*, Sirey, Paris, 1923, n° 8.

[18] V. L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, *op. cit*., p. 52-58.

Néanmoins, l'idée qu'un État souverain serait fondé à exiger que certains litiges soient impérativement soumis à ses tribunaux n'a pas totalement disparu[19] ; elle est même invoquée pour justifier les règles de compétence exclusive en matière de droit international privé.

Nous constaterons que ces arguments, mis en avant afin d'expliquer la consécration des fors exclusifs, ne sont pas à l'abri de tout reproche, puisque, dans certaines matières visées par les compétences exclusives, l'argument tiré de l'implication de la souveraineté de l'État ne paraît pas très convaincant. Outre la mutation dont fait l'objet la notion juridique de souveraineté, l'énorme développement des mouvements internationaux des personnes physiques et morales a contribué à la multiplication des relations privées internationales présentant des liens de rattachement avec différents États, ce qui affaiblit la pertinence de l'argument tiré de l'intervention de la souveraineté étatique, avancé pour justifier la revendication de la compétence exclusive par un État. Nous allons également remarquer que rien n'a empêché les États de renoncer à exercer leur compétence dans des matières qui concernent dans une large mesure leur souveraineté, comme celle des investissements.

6. Quant aux considérations pragmatiques invoquées pour expliquer l'exclusivité de la compétence juridictionnelle, il ne semble pas qu'elles puissent justifier pleinement, dans certains cas, la nécessité d'une compétence exclusive. En effet, aucune corrélation automatique ne peut être établie entre la compétence juridictionnelle et l'applicabilité de la loi du for, même s'il s'agit d'une loi impérative, dans la mesure où cette dernière peut être prise en considération, voire appliquée, par un juge étranger. Cette idée est confortée par l'exception introduite en droit européen, concernant la compétence exclusive en matière de baux d'immeubles, en offrant – sous certaines conditions – une option au demandeur entre la juridiction du lieu de l'immeuble et celle du domicile du défendeur, malgré le caractère impératif de la *lex situs*.

L'impérativité de la loi du for peut aussi être préservée à travers le mécanisme de l'ordre public international et dans l'espace judiciaire européen, on peut même envisager la mise en place d'un procédé coopératif fondé sur le dialogue judiciaire transfrontière, dans le but d'assurer la bonne application de la loi impérative étrangère. En outre, l'harmonisation

[19] Le recul de la conception publiciste du droit international privé n'a pas entraîné l'abandon définitif et absolu de cette conception. Le droit international public apporte des limites à la compétence internationale des juridictions en matière civile et commerciale, lorsque la souveraineté de l'État est censée être en cause (L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, *op. cit*., p. 59 et 161).

matérielle réalisée, au niveau européen, dans le domaine de la propriété intellectuelle permet de garantir que la politique législative du for sera suivie à l'identique dans les autres États membres. S'agissant de l'argument tenant à la nécessaire proximité du juge, afin d'accomplir des diligences procédurales, il perd une grande part de sa valeur, car aujourd'hui il y a des mécanismes de coopération internationale en matière d'obtention des preuves, canalisant la réalisation des activités en dehors de la juridiction saisie.

7. ***L'apparition des difficultés pratiques lors de l'application des règles de compétence exclusive – le traitement des questions incidentes***. Force est de constater, par ailleurs, que différents problèmes pratiques peuvent émerger lors de la mise en œuvre des règles de compétence exclusive et notamment lorsqu'une demande couverte par une telle règle est soulevée à titre incident devant le juge saisi, qui n'est pas doté d'une compétence exclusive.

Imaginons, par exemple, l'hypothèse où le juge d'un État membre de l'UE, saisi d'un litige contractuel ou de toute autre action mettant en cause une société établie dans un autre pays de l'Union, doit se prononcer à titre incident sur la question de validité de la société ou d'une décision prise par ses organes. Ceci peut se produire lorsque dans le cadre d'une action en paiement de dividendes d'une société étrangère, le juge est invité à statuer à titre préalable sur la validité de la décision prise par l'assemblée générale des actionnaires approuvant ce paiement.

Nous pouvons, également, imaginer le cas où la juridiction d'un État membre, saisie d'une action en dommages et intérêts relative à un bien immobilier situé dans un autre État membre, doit trancher à titre incident une question concernant la propriété de l'immeuble. Une autre hypothèse visée est celle où le juge d'un pays de l'UE, saisi d'une action en contrefaçon ou d'une action portant sur l'exécution d'un contrat de licence, doit statuer par voie d'exception sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle enregistré dans un autre État membre.

Nous verrons que la CJUE a donné des réponses contradictoires, en retenant une dualité d'analyse, qui paraît injustifiée. La compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle a été interprétée de façon large[20], en admettant son application, même si la question de la validité du titre est invoquée par voie d'exception, dans le cadre d'une action délictuelle ou

[20] CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LuK, Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. WILDERSPIN ; *RTDE* 2007, p. 679, obs. *Schmidt-Szalewski.*

contractuelle, ce qui suscite des difficultés sérieuses, encourageant les manœuvres dilatoires et conduisant au morcellement du contentieux, qui peut retarder sérieusement l'issue de l'action. La solution contraire semble, toutefois, avoir été adoptée quant à la compétence exclusive en matière de sociétés[21].

Les éventuels conflits de compétences exclusives. Un autre problème, susceptible de surgir dans le cadre de l'application des compétences exclusives, concerne les éventuels conflits de compétences exclusives, qui peuvent se produire surtout en matière de sociétés. Un tel conflit peut, effectivement, découler de la mise en œuvre de la règle conférant une compétence exclusive aux tribunaux du lieu du siège de la société, en raison de l'absence de définition uniforme de la notion du siège social, lequel fait l'objet d'interprétations divergentes au sein des droits nationaux – certains consacrant le critère du siège réel, d'autres le critère du siège statutaire. Le critère du siège a été choisi par l'article 24 RBI *bis* afin de centraliser tous les litiges relatifs aux aspects internes de la vie de la société auprès des tribunaux de son siège, mais il n'est pas le plus adéquat pour obtenir des solutions univoques.

Ces conflits de compétences exclusives sont rares mais ne constituent pas une pure hypothèse d'école, dans le contexte actuel de mondialisation et d'internationalisation des échanges économiques. En effet, si une société a son siège statutaire dans un État, adoptant la théorie de l'incorporation – c'est-à-dire définissant le siège social comme le siège statutaire – et son siège réel dans un État, adhérant à la théorie du siège réel – c'est-à-dire définissant le siège social comme le siège réel – elle relèvera de la compétence exclusive des deux États.

La prise en considération de la compétence exclusive étrangère. Une autre question, qui mérite l'attention et sera aussi étudiée, porte sur la prise en compte de la compétence exclusive étrangère et notamment sur la prise en considération par le droit européen des compétences exclusives des États tiers extérieurs à l'Union européenne. Le droit de l'Union reste silencieux sur la question de l' « effet réflexe »[22] de l'article 24 RBI *bis*, c'est-à-dire sur la possibilité pour les tribunaux des États membres de se déclarer incompétents et de refuser la réception d'un

[21] CJUE 12 mai 2011, *Berliner Verkhersbetriebe (BVG) c/ JP Morgan Chase Bank NA*, aff. C-144/10, *D.* 2011, panor. 2436, obs. S. BOLLÉE ; *D.* 2012, panor. 1228, obs. F. JAULT-SESEKE.
[22] G. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne*, 1972, n° 164 et s..

jugement rendu en violation de la disposition, lorsque les rattachements retenus par le texte se réalisent sur le territoire d'un État tiers.

L'hypothèse envisagée est celle où le juge d'un État membre compétent en vertu du RBI *bis*, est amené à se prononcer sur le sort d'un immeuble situé dans un État tiers ou sur la validité d'un titre de propriété intellectuelle enregistré dans un État tiers. La question qui se pose est de savoir si le juge du for peut décliner la compétence que lui attribue le droit européen pour tenir compte de la compétence exclusive d'un État extérieur à l'Union.

Des signes d'assouplissement des fors exclusifs. Par ailleurs, des signes d'assouplissement des compétences exclusives sont bien visibles tant en droit national que sur le plan international. On va, par exemple, constater qu'un certain nombre de droits nationaux admet l'arbitrabilité des contestations relatives à la validité des titres de propriété intellectuelle, malgré l'attribution d'une compétence exclusive au profit du juge judiciaire dans ce domaine.

8. ***La profonde mutation de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle***. Il faudra également examiner, dans ce cadre, la métamorphose qu'a subie, en droit européen, la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle. Son interprétation large par la CJUE a été à l'origine de la volonté de modifier profondément les règles de compétence dans ce domaine par l'unification matérielle que représente l'invention de la marque de l'Union européenne[23] et du brevet européen à effet unitaire[24].

Cette innovation est assortie d'un système juridictionnel spécifique mis en place en matière de marques ainsi qu'en matière de brevets, conduisant à un véritable décloisonnement des ordres juridiques des États membres. Concernant le premier, il a contribué à l'apparition d'une « *figure juridique jusqu'ici inconnue du droit international privé : la compétence exclusive communautaire décentralisée, où chaque tribunal est considéré comme un organe de l'Union européenne* »[25].

[23] Règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017, *JOUE* n° L 154/1 du 16/6/2017.
[24] Règlement (UE) 1257/2012 du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, *JOUE* n° L 361 du 31/12/2012, p. 1.
[25] E. PATAUT, « Compétence international et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *Gaz. Pal*. 28 oct. 2005, p. 5.

Au-delà du droit des marques, l'évolution qui s'est produite dans le contentieux européen des brevets a été plus spectaculaire encore. Grâce au mécanisme de la coopération renforcée, a été créé le brevet européen à effet unitaire accompagné de la mise en place d'une juridiction commune, la juridiction unifiée du brevet (JUB)[26], permettant de centraliser le contentieux aussi bien des brevets européens traditionnels que ceux à effet unitaire. Il s'agit d'un système de justice fédéral, véritablement distinct de celui des États membres[27].

9. ***Problématique***. Dans ces conditions et prenant en compte tous les éléments mentionnés ci-dessus, il convient de s'interroger sur le point de savoir si la consécration des règles de compétence exclusive, dans le domaine civil et commercial, est finalement justifiée dans toutes les matières visées et si – compte tenu de la contestation dont font l'objet les fondements de ces règles et des problèmes surgis lors de leur mise en œuvre – nous pouvons envisager des formes alternatives d'organisation de la compétence juridictionnelle, sans passer forcément par l'exclusivité.

On constate que les études profondes sur la raison d'être des compétences exclusives en droit international privé sont rares, à l'exception notable du cours à l'Académie de droit international de La Haye de D. P. Fernández Arroyo[28], qui a été une source d'inspiration pour notre thèse. Il nous semble, ainsi, intéressant d'examiner cette question, mettre en lumière la faiblesse des fondements de ces règles et réfléchir à un modèle alternatif d'organisation des compétences, permettant d'échapper à l'exclusivité dans certaines matières visées.

10. ***La mise en place des procédés coopératifs***. Dans cette optique, il sera utile d'étudier les différents mécanismes de coopération interjudictionnelle prévus en droit international, qui pourraient être mobilisés dans les matières concernées par les règles de compétence exclusive, afin d'assouplir l'exclusivité, surtout dans le cadre européen.

Ce type de règles pourrait être conservé dans les matières liées à l'intervention de l'État en tant que puissance publique, c'est-à-dire dans le domaine de validité des inscriptions sur les registres publics et en matière d'exécution des jugements étrangers. En revanche, dans les autres

[26] Accord du 20 juin 2013 relatif à une juridiction unifiée du brevet (2013/C 175/01).
[27] E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS éd., 2013, p. 23.
[28] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI, 2006, vol. 323.

matières, toute une panoplie de méthodes alternatives d'ordre coopératif peut être mobilisée, notamment au niveau européen, pour inciter le dialogue entre les juges et admettre, sous certaines conditions, la compétence concurrente des juridictions d'un État membre, dans la mesure où l'espace judiciaire européen est censé être fondé sur la confiance mutuelle et la coopération. L'existence des mécanismes de coopération pourrait contribuer à limiter le maintien de certains fors exclusifs, dont la raison d'être repose sur la concentration des litiges.

Nous verrons qu'un tel système alternatif d'organisation des compétences s'appuie, dans une grande mesure, sur le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du juge mais cette solution souple semble préférable à l'approche rigide, qui consiste à établir des compétences exclusives et suscite des difficultés sérieuses, surtout, lorsque la question relevant de la compétence exclusive du juge d'un État membre est soulevée à titre incident devant la juridiction d'un autre pays de l'Union.

Le principe de sécurité juridique ne va pas nécessairement de pair avec le caractère impératif des règles de compétence. La marge d'appréciation du juge est aussi susceptible d'assurer la préservation de ce principe, permettant d'adopter une approche plus flexible, puisqu'il peut être perçu « *comme un aspect de la garantie de ce que le juge s'occupe lui-même de la réalisation de la justice au lieu de se limiter à l'application mécanique des critères abstraits établis a priori* »[29]. Par ailleurs, la multiplication des rapports de droit international privé et le progrès dans le domaine des communications, ont provoqué un changement profond de la structure et du fonctionnement de la coopération internationale entre autorités. L'évolution des échanges économiques et des communications internationales a soulevé des interrogations sur la pertinence des méthodes classiques d'organisation de la compétence juridictionnelle.

11. ***Annonce du plan***. Notre étude sera, d'abord, centrée sur la justification des règles de compétence exclusive, en raison de la matière, prévues dans le domaine civil et commercial. Nous tenterons d'analyser les fondements de ces règles, c'est-à-dire la protection de la souveraineté étatique et l'intervention des considérations pragmatiques, après avoir identifié les fors exclusifs tant en droit national qu'en droit international. Seront également examinées les spécificités propres à chacune des compétences exclusives prévues à l'article 24 RBI *bis* – comme nous l'avons souligné, il est essentiel d'étudier cette disposition, car elle a un champ

[29] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, n° 49, p. 69.

d'application particulièrement étendu. Cependant, les fondements des fors exclusifs ne sont pas à l'abri de tout reproche – nous allons, ainsi, étudier la faiblesse des arguments avancés pour justifier les compétences exclusives, dans certaines matières visées (Partie I).

Ensuite, la recherche se concentrera sur les problèmes pratiques, qui sont susceptibles de surgir lors de la mise en œuvre des fors exclusifs. Nous aurons l'occasion d'examiner la portée des compétences exclusives en présence de demandes soulevées en cours d'instance, c'est-à-dire l'extension éventuelle des règles de compétence exclusive lorsqu'une question couverte par une telle règle est soulevée à titre incident devant le juge saisi, qui n'est pas investi d'une compétence exclusive. En outre, seront examinés la prise en compte de la compétence exclusive étrangère – et notamment la question de l'effet réflexe de l'article 24 RBI *bis* – ainsi que le problème tenant aux conflits de compétences exclusives, qui peuvent émerger en matière de sociétés (Partie II).

Enfin, l'accent sera mis sur la façon dont sont traitées de nos jours les règles de compétence exclusive sur le plan national et international, en s'intéressant surtout aux signes d'assouplissement de ces règles et à la métamorphose de la compétence exclusive prévue, en droit européen, en matière de propriété intellectuelle. L'étude se terminera par une analyse des mécanismes de coopération interjuridictionnelle, qui peuvent constituer une solution alternative à l'exclusivité de la compétence juridictionnelle, notamment sur le plan européen. Les dispositifs de coopération entre les juridictions nationales peuvent être mobilisés, afin d'instaurer un dialogue fluide entre les juges, permettant de limiter le maintien de certains fors exclusifs (Partie III).

Partie I : La remise en cause des règles de compétence exclusive en droit international privé

Partie II : Les problèmes pratiques causés par l'exclusivité de la compétence juridictionnelle

Partie III : Le traitement actuel des compétences exclusives et la recherche des solutions alternatives

PARTIE I

LA REMISE EN CAUSE DES RÈGLES DE COMPÉTENCE EXCLUSIVE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

12. Avant d'analyser les raisons pour lesquelles la justification des compétences exclusives paraît faible dans certaines matières visées (Chapitre II), il faudra d'abord examiner leurs fondements, c'est-à-dire identifier les arguments qui sont soulevés afin de justifier l'édiction de ces règles (Chapitre I).

Chapitre I - Les fondements des règles de compétence exclusive

13. Dans ce premier chapitre, nous allons étudier la raison d'être des compétences exclusives en droit international privé (Section I), ainsi que les spécificités propres à chacune de règles de compétence exclusive prévues en droit international privé européen dans l'article 24 RBI *bis* (Section II). Il nous semble important d'examiner en profondeur cet article et d'analyser la jurisprudence de la CJUE à propos de cette disposition, car son champ d'application est particulièrement étendu – l'article 24 RBI *bis* s'applique sans considération du domicile du défendeur – et, par conséquent, le droit national des États membres se trouve affecté.

Section I : La raison d'être des compétences exclusives

14. Avant de voir les arguments invoqués afin d'expliquer la consécration des compétences exclusives, c'est-à-dire la protection de la souveraineté du for et l'intervention des considérations privatistes de commodité procédurale (§2), il faut définir la notion de compétence exclusive en droit international privé et identifier les fors exclusifs en droit national et en droit international (§1).

§1 La notion de compétence exclusive en droit international privé et l'identification des fors exclusifs en raison de la matière en droit national et en droit international

15. Il est essentiel, dans le cadre de notre étude, de comprendre la notion de compétence exclusive (I) ainsi que de procéder à l'identification des règles de compétence exclusive en raison de la matière en droit national et en droit international (II).

I. La notion de compétence exclusive en droit international privé

16. ***La typologie des compétences exclusives en droit international privé***. La notion de *« compétence exclusive »* en droit international privé est difficile à saisir. Elle est, en effet, à la charnière de la compétence directe et de la compétence indirecte dans la mesure où le caractère exclusif de la compétence sera accordé à une règle de compétence juridictionnelle directe affectée d'une force supérieure aux autres[30].

Plus précisément, elle vise les cas dans lesquels un ordre juridique donné décide de réserver systématiquement la connaissance d'un type de contentieux déterminé à ses propres juridictions, déniant toute compétence concurrente aux juridictions étrangères. Cette exclusivité de compétence se traduit en pratique par un refus de reconnaissance des jugements étrangers rendus dans le champ de compétence exclusive de l'ordre juridique requis. Toute entreprise d'un jugement dans les matières visées par les règles de compétence exclusive est rendue, sinon juridiquement impossible, du moins pratiquement stérile[31].

17. Si nous voulons établir une typologie des compétences exclusives en droit international privé, nous pouvons en distinguer essentiellement deux types. Le premier type concerne la volonté des parties. Effectivement, la compétence du tribunal désigné par une clause attributive de juridiction est exclusive, étant donné qu'elle rend incompétents les autres tribunaux[32]. Le deuxième type de compétence exclusive a trait à la matière en cause. Tel est le

---

[30] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridiction, (Étude de droit international privé)*, LGDJ, préface P. Lagarde, 1999, p. 239 et s.

[31] L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, n° 189 et s.

[32] Les parties peuvent, toutefois, en disposer autrement. Le choix fait par les parties peut aussi être modifié à tout moment, même au début du procès. V. sur ce point D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, op. cit., n° 107, p. 124 : *« nonobstant l'existence d'une clause attributive de juridiction, une des parties peut saisir une autre juridiction, ce qui doit être interprété comme une offre faite au défendeur d'un nouvel accord qui viendrait remplacer le précédent. Pour que le nouvel accord puisse se matérialiser il faut seulement la volonté, même tacite, du défendeur »*.

cas bien connu, ancien et aujourd'hui généralisé en droit comparé, de la matière réelle immobilière, pour laquelle les États de situation se réservent fréquemment compétence exclusive. Sont rattachés également à cette catégorie, l'ensemble des compétences exclusives de l'article 24 RBI *bis*.

Comme nous le verrons par la suite[33], l'exclusivité se manifeste, de façon générale, en matière de propriété, de personnes morales ou d'intervention d'institutions publiques. Le point commun de ces règles de compétence est d'être fondées sur l'implication de l'État dans le litige. Elles sont revêtues d'une particulière impérativité, dans la mesure où elles excluent le jeu des compétences ordinaires, elles doivent être respectées aussi bien par les parties que par les juges et déploient des conséquences au niveau des effets des jugements.

18. À ces deux types de compétence exclusive, on pourrait y ajouter un troisième tiré de l'existence d'un privilège de juridiction fondé sur la nationalité du demandeur ou du défendeur. Nous faisons, ici, référence aux articles 14 et 15 du Code civil français, qui servaient pendant longtemps à fonder une compétence juridictionnelle exclusive en droit français, conduisant à l'incompétence de toute autre juridiction étrangère tant que le privilège n'a pas fait l'objet d'une renonciation. Néanmoins, la Cour de cassation française a mis un terme à l'exclusivité de cette compétence française fondée sur les articles 14 et 15 dans ses arrêts *Prieur*[34] et *Fercométal*[35]. Selon H. Gaudemet-Tallon[36], la méfiance systématique à l'égard des tribunaux étrangers que traduisait ce type d'exclusivité était difficilement justifiée dans un contexte général de mondialisation et d'internationalisation des relations juridiques.

19. Dans les pages qui suivent, on va tenter d'explorer la deuxième catégorie des compétences exclusives fondées sur l'implication de l'État, qui constitue une manifestation du principe de souveraineté[37]. La compétence relative aux matières visées doit être particulièrement protégée, compte tenu de l'existence d'un fort intérêt étatique.

---

[33] V. *infra*, n° 87 et s..

[34] Civ. 1re, 23 mai 2006, n° 04-12.777, *D.* 2006. Chron. 1846, obs. AUDIT, *JCP* 2006. II. 10134, note CALLÉ ; *JDI* 2006. 1377, note CHALAS ; *Rev. crit. DIP* 2006. 870, note GAUDEMET-TALLON.

[35] Civ 1re, 22 mai 2007 n° 04-14716, *Rev. crit. DIP* 2007. 610, note GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2007. 956, note ANCEL et MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2008, no 82, p. 28, note M.-L. NIBOYET.

[36] H. GAUDEMET-TALLON, « Le privilège de juridiction ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870.

[37] V. *infra*, n° 67 et s.. Parmi les principes directeurs dans la détermination de la compétence internationale des juridictions, il existe le désir de protéger la souveraineté étatique – on peut identifier d'autres principes directeurs, comme le souci de privilégier une bonne administration de la justice, ce qui implique l'existence d'une proximité suffisante entre le for et le litige ; la volonté de garantir l'accès au for, qui conduit plusieurs États, dont la France,

Après avoir examiné la notion de compétence exclusive en droit international privé, il convient, maintenant, de procéder à l'identification concrète des compétences exclusives en raison de la matière en droit national et en droit international.

II. L'identification des fors exclusifs en raison de la matière en droit national et en droit international

20. Il faudra, ici, distinguer les compétences exclusives en raison de la matière prévues en droit national (A) de celles prévues en droit international (B). Nous observerons, cependant, que les matières, dans lesquelles est édicté ce type de règles, sont similaires.

A. Les compétences exclusives en raison de la matière en droit national

21. Les droits de tradition civiliste connaissent des compétences exclusives fondées sur la protection d'intérêts étatiques fondamentaux (1). Les droits de *common law*, au contraire, reconnaissent moins ouvertement ce type de chefs de compétence (2).

1. Les droits de tradition romano-germanique : l'exemple du droit français

22. ***L'apparition de l'idée de compétence exclusive en droit international privé français***. Comme l'observe D. Holleaux[38] dans sa thèse, l'idée de compétence exclusive en droit international privé français apparaît lors du contrôle de la compétence du juge étranger et figure parmi les conditions de reconnaissance des jugements étrangers posées par l'arrêt *Munzer*[39]. Le caractère unilatéral de la règle de compétence directe du pays de reconnaissance ne lui interdit pas d'exclure la compétence du juge étranger en attribuant une compétence exclusive aux juges nationaux. Le contrôle de la compétence indirecte s'analyse, alors, en une double vérification, d'abord, de l'existence de la compétence étrangère et ensuite, de l'absence de compétence française exclusive.

à retenir une règle de compétence internationale fondée sur le déni de justice ; enfin, certaines règles de compétence intègrent des considérations substantielles, comme les règles protectrices des parties faibles, au profit des salariés ou des consommateurs (S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz Hypercours, 5e éd., 2018, p. 198-200).

[38] D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, Dalloz*, préface H. Batiffol, 1970.

[39] Civ. 1re, 7 janvier 1964, *Munzer*, *Rev. crit. DIP* 1964. 302, note BATIFFOL ; *JDI* 1964. 302, note GOLDMAN ; *JCP* 1964. II. 13590, note ANCEL.

La thèse de D. Holleaux a inspiré la solution retenue dans l'arrêt *Simitch*[40] selon laquelle *« toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux »*.

Il convient, ainsi, de distinguer deux hypothèses, selon qu'une compétence exclusive française est en cause ou non. Dans le premier cas, le litige met en jeu un intérêt absolument impérieux de l'État du for, justifiant qu'il le réserve à la compétence exclusive de ses propres tribunaux. La compétence directe française exclut alors indirectement la compétence étrangère. En revanche, lorsqu'aucune compétence exclusive française n'est en cause, les juges du fond doivent s'assurer qu'il existe un lien caractérisé entre le juge étranger et le litige et que le choix de la juridiction étrangère n'a pas été frauduleux.

23. ***L'identification concrète des compétences exclusives françaises***. La question qui se pose est de savoir comment s'opère l'identification des compétences exclusives françaises. Les hypothèses de l'exclusivité ne sont pas précisément cernées. Selon E. Bartin[41], la compétence française est exclusive, dès lors que la règle de compétence internationale directe française conduit à la compétence d'un tribunal français. L'exclusivité était ainsi considérée comme un caractère éventuel de toute règle française de compétence directe. J.-P. Niboyet[42] estimait la compétence française exclusive, lorsque la France était le seul pays désigné comme compétent par application de la règle de compétence internationale directe, de sorte que si la règle française comportait des chefs alternatifs, dont certains n'étaient pas localisés en France, la compétence étrangère n'était pas exclue.

La notion de compétence exclusive s'est vue, alors, reconnaître un caractère extrêmement large, puisqu'elle pouvait se déduire de n'importe quelle règle française de compétence internationale directe. La compétence française fondée sur le domicile du défendeur était susceptible d'exclure automatiquement la compétence indirecte du juge étranger, dès lors que

[40] Civ. 1re, 6 février 1985, *Simitch*, n° 83-11241, *Rev. crit. DIP* 1985. 243, chron. FRANCESCAKIS ; *JDI* 1985. 460, note HUET ; *D.* 1985. 469, note MASSIP ; *D.* 1985. IR 497, obs. AUDIT.
[41] E. BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. I, 1930, Domat Montchrestien, § 127.
[42] J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. VI (2), 1950, Sirey, p. 107, note 1954.

le défendeur était domicilié en France. Cette conception de la compétence exclusive a été admise par la jurisprudence[43], sous l'influence de Bartin.

La jurisprudence française[44] a rompu avec cette conception de l'exclusivité dans l'arrêt *Simitch*. La compétence française exclusive ne peut se déduire mécaniquement du seul fait que la règle française de compétence internationale désigne les tribunaux français, ni même de ce qu'elle ne désigne qu'eux. Au lieu d'attribuer un caractère exclusif à tout critère de compétence se réalisant en France, la compétence exclusive des juridictions du for n'existe désormais que s'il y a une raison exceptionnelle de leur réserver la connaissance d'un litige donné.

Par conséquent, la doctrine admet aujourd'hui que l'exclusivité de la compétence française dépend des objectifs poursuivis par la règle de compétence à mettre en œuvre. C'est règle par règle qu'il y a lieu de vérifier si la compétence édictée est exclusive ou non. C'est la raison pour laquelle on parle de compétences exclusives *« en raison de la matière »*. Il n'existe pas de principe directeur bien défini permettant d'identifier les cas de compétence exclusive, mais seulement quelques solutions non reliées entre elles[45].

24. ***Deux hypothèses à distinguer***. Selon. P. de Vareilles-Sommières[46], l'identification des règles de compétence exclusive françaises nécessite de distinguer deux hypothèses. Soit l'auteur de la règle de compétence directe précise lui-même qu'elle fonde pour le juge français une compétence exclusive ; soit c'est la jurisprudence française qui intervient, afin d'admettre des cas de compétence exclusive, alors même que la règle de compétence reste silencieuse sur son exclusivité.

25. ***Les compétences exclusives expressément posées par le législateur***. Dans le premier cas, P. de Vareilles-Sommières précise qu'en droit national français, on ne connaît pas

[43] Civ. 5 mai 1962, admettant l'exclusivité de la compétence française fondée sur la présence en France du domicile du défendeur, *D.* 1962. 718, note HOLLEAUX ; *JDI* 1962. 1024, obs. SIALELLI ; *Rev. crit. DIP* 1963. 99, note BATIFFOL.

[44] Civ. 1re, 6 février 1985, *Simitch, op. cit.*. En déclarant que *« l'article 1070 du nouveau Code de procédure civile ne donne pas une compétence exclusive aux juridictions françaises pour connaître du divorce dans les cas auxquels il se réfère »*, la Cour de cassation rejette clairement la méthode d'identification de l'exclusivité consistant à considérer la compétence exclusive si un des chefs de compétence prévus par la règle se réalise en France.

[45] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 2, n° 718, p. 564, LGDJ, 7e éd., 1983 ; v. aussi, D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, *op. cit*., n° 27 et s. ; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, n° 245.

[46] P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Jugement étranger (Matières civile et commerciale) », *Rép. Int. Dalloz*, septembre 2013 (actualisation : octobre 2015).

d'exemples de compétence française expressément posée comme exclusive, mais le législateur européen a édicté à l'article 24 RBI *bis* une liste de chefs de compétence exclusive dans certaines matières au profit de l'État membre désigné, sans considération du domicile du défendeur. Lorsque l'État membre, dont les juridictions sont désignées par ces règles, est la France, le droit national français de la régularité internationale des jugements étrangers se trouve affecté. En d'autres termes, en désignant le juge français comme exclusivement compétent pour certains litiges, l'article 24 conduit, sur le fondement du droit national, à l'irrégularité du jugement rendu dans un État tiers dans la matière visée.

Il faut, néanmoins, noter que contrairement au droit français, d'autres droits de tradition civiliste prévoient expressément des règles de compétence exclusive au profit du juge national dans certains domaines relevant de la matière civile et commerciale ; c'est le cas par exemple des droits allemand[47], espagnol[48] et grec[49].

Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye a préparé en janvier 2015 – à l'occasion des discussions pour l'élaboration d'une convention internationale sur les jugements en matière civile et commerciale – un tableau comparatif sur les règles de compétence internationale directe et indirecte édictées dans les droits nationaux d'un certain nombre d'États[50]. Ce tableau permet de constater que des États extérieurs à l'UE prévoient également des compétences exclusives en faveur du juge national en matière immobilière, c'est le cas par exemple de

[47] Le Code de procédure civile allemand établit des chefs de compétence exclusive en faveur du juge national : 1° en matière immobilière et de baux d'immeubles lorsque le litige implique un immeuble situé en Allemagne (section 24 et 29a (1)), sauf si le litige concerne un bail d'habitation à usage temporaire, une location meublée, ou un bail d'immeuble destiné à usage officiel (section 29a (2)) ; 2° lorsqu'un litige est engagé contre le propriétaire d'une usine située en Allemagne et une indemnisation est demandée pour une perte causée par un effet environnemental (section 32a).

[48] L'article 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (loi organique sur le pouvoir judiciaire), en s'inspirant de la Convention de Bruxelles de 1968, établit des règles de compétence exclusive au profit du juge espagnol dans les mêmes matières que celles visées en droit européen – comme nous le verrons plus tard (v. *infra*, n° 45 et s.) – c'est-à-dire en matière immobilière et de baux d'immeubles, en matière de validité des sociétés et des décisions prises par leurs organes, dans le domaine de la propriété intellectuelle, en matière de validité des inscriptions dans les registres publics et en matière d'exécution des décisions.

[49] Le Code de procédure civile grec prévoit à ses articles 27-31 cinq compétences exclusives : 1° en matière de différends relatifs aux sociétés, le tribunal, dans le ressort duquel la société a son siège, dispose d'une compétence exclusive pour connaître des différends entre société et associés ainsi qu'entre associés, dans la mesure où ces différends découlent d'un rapport de droit des sociétés ; 2° en matière de gestion découlant d'un mandat judiciaire, le tribunal, qui a délivré le mandat, est doté d'une compétence exclusive ; 3° l'article 29 établit la compétence exclusive du tribunal du lieu où l'immeuble est situé, en ce qui concerne les différends relatifs à des droits réels immobiliers et des droits quasi réels et aux baux d'immeubles ; 4° la compétence du tribunal du lieu du dernier domicile du défunt, en matière de successions, est aussi exclusive ; 5° est finalement exclusive la compétence, en matière de connexité, du tribunal saisi du litige principal pour connaître des litiges accessoires.

[50] Le tableau est disponible en ligne à l'adresse : https://assets.hcch.net/docs/03c39e9f-878b-400d-a359-e70b7937edde.pdf. Il ne contient pas les règles de compétence établies par les conventions bilatérales ou multilatérales auxquelles les États participent.

l'Argentine (section 2609 du nouveau Code civil et commercial du 7 octobre 2014), du Brésil (article 89 du Code de procédure civile), de la Corée[51], du Costa Rica (section 47 du Code de procédure civile), de la Russie (article 248 du Code de procédure d'arbitrage) et de la Serbie (article 56 du Code de droit international privé).

Certains prévoient également des chefs de compétence exclusive dans le domaine de la propriété intellectuelle (Argentine, Japon – article 3-5 du Code de procédure civile japonais – Corée, Russie), en matière de sociétés (Japon, Corée, Russie) et de validité des inscriptions sur des registres publics (Argentine, Japon, Corée, Russie)[52]. Force est d'observer que ces règles de compétence sont édictées dans les mêmes matières que celles visées souvent par les fors exclusifs établis au profit du juge national dans le droit national de certains États européens ainsi que dans le droit de l'Union.

26. ***Les compétences exclusives posées par la jurisprudence française***. Concernant la deuxième hypothèse, dans laquelle la jurisprudence française reconnaît des cas de compétence exclusive, alors que l'auteur de la règle de compétence n'a pas expressément pris position sur son exclusivité, on peut distinguer deux cas de figure. La jurisprudence admet des compétences exclusives, soit en raison d'un intérêt public qui est en cause, soit aux fins de protection des privilèges de juridiction établis au profit des Français.

27. ***La protection d'un intérêt public***. Le premier cas de figure vise les hypothèses, surtout, où le fonctionnement des services publics français est en jeu. C'est pourquoi les tribunaux français sont exclusivement compétents pour mettre en œuvre des mesures d'exécution en France[53], pour procéder à la rectification d'actes d'état civil français[54], pour

[51] Le tableau précise que le Code de procédure civile coréen ne contient pas des dispositions relatives aux compétences exclusives, mais selon les auteurs, les juridictions coréennes sont dotées d'une compétence exclusive en matière immobilière, de sociétés, de propriété intellectuelle et d'inscriptions sur les registres publics (K. H. SUK, « Recognition and enforcement of foreign judgments in the Republic of Korea » (Vol 15, 2013/2014) Yearbook of Private International Law, 427).

[52] Deux États – le Brésil et la Serbie – établissent aussi des règles de compétence exclusive en matière de faillites (article 3 de la loi brésilienne 11.101/2005 et article 174a du Code de la faillite serbe).

[53] Civ. 23 mars 1868, *Recueil Sirey* 1868. 1. 328, Civ. 12 mai 1931 *Compagnie française de navigation Cyprien Fabre, DP* 1933. 1. 60, note SILZ, sol. Impl : le juge français a refusé de statuer sur la demande en nullité ou en mainlevée d'une saisie-arrêt ordonnée par un juge étranger relativement à un bien situé à l'étranger.

[54] Civ. 20 février 1901 *S.* 1902. 1. 281, note AUDINET ; *JDI* 1901. 571.

statuer sur la validité d'un brevet français[55] ou pour connaître d'une action en contrefaçon d'une marque française[56].

Il convient, aussi, de noter que la compétence juridictionnelle exclusive en matière réelle immobilière est très ancienne. H. Gaudemet-Tallon fait remonter ce chef de compétence à un texte romain de 385 après J.-C., qui a établi une exception à la règle traditionnelle *actor sequitur forum rei*, consacrant la compétence du juge de situation pour les contestations en matière réelle[57]. Ce chef de compétence s'est maintenu inchangé tout au long de l'Ancien droit et lors de l'entrée en vigueur du Code civil[58], la règle de compétence juridictionnelle exclusive en matière réelle immobilière réapparaît implicitement dans l'article 3 alinéa 2 selon lequel *« les immeubles, même possédés par des étrangers, sont régis par la loi française »*.

28. La cour d'appel de Paris avait affirmé que *« pour une propriété française, les tribunaux de France peuvent seuls prononcer des jugements exécutoires »*, refusant ainsi un déclinatoire de compétence formulé au profit des juridictions néerlandaises du domicile du défendeur, également saisies de l'action[59]. Le juge de situation de l'immeuble semble, alors, être le juge naturel en matière réelle immobilière[60].

La Cour de cassation a aussi affirmé dans un arrêt du 6 janvier 1841 que *« le point préjudiciel tranché par des tribunaux de Bavière n'était qu'un litige entre un Français et le domaine bavarois sur un immeuble sis en Bavière et régi par la loi de situation ; que, dès lors, ce litige était du ressort des tribunaux bavarois »*[61]. La jurisprudence a également considéré que la compétence du juge français pour connaître des actions successorales portant sur des immeubles situés en France est une compétence exclusive, dans ce cas-là l'intérêt de la France est mis en cause, puisque le territoire français est concerné[62].

---

[55] Civ. 21 janvier 1936, *Rev. crit. DIP* 1936. 510, note J.-P. NIBOYET.
[56] TGI Seine, 2 mars 1963, *JDI* 1964. 321, obs. SIALELLI.
[57] H. GAUDEMET-TALLON, *Recherches sur les origines historiques de l'article 14 du Code civil, Contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, PUF 1964, p. 11-12.
[58] Selon Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, un des rédacteurs du Code civil, les tribunaux français ne peuvent être juges des différends entre étrangers, sauf en cas de délit commis en France et en cas d'actions réelles qu'ils intentent ou qui sont intentées contre eux à raison d'immeubles situés en France (J. G. LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon*, tiré de la discussion, Impr. Impériale, 1805, p. 312 s.).
[59] CA Paris, 23 thermidor an XII (juillet 1804) : Sirey an XII. II. 212.
[60] L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, n° 190.
[61] Cass. req. 6 janvier 1841, *Wenger c. Thiriet* : *S.* 1841. I. 24.
[62] Cass. Req., 10 novembre 1847, *DP* 1848.38, S. 1848.1.52 ; Cass. civ., 22 mars 1865, *DP* 1865.1.127, *S*. 1865.1.175 ; Paris, 25 oct. 1952, *D*. 1954. 255, note Y. LOUSSOUARN ; Civ. 14 mars 1961, *Rev. crit. DIP* 1961. 774, note BATIFFOL ; Paris, 17 févr. 1993, *Gaz. Pal*. 1994. 1. 359, note RENARD. L'exclusivité de la compétence

29. Dans l'esprit de la jurisprudence française, la compétence juridictionnelle en matière réelle immobilière est exclusive et bilatérale. Lorsque l'immeuble est situé à l'étranger, les juridictions françaises sont radicalement incompétentes, même en vertu des articles 14 et 15 du Code civil. La Cour de cassation a, en effet, précisé, dans son arrêt *Weiss*[63] que les articles 14 et 15 du Code civil ont une portée générale s'étendant à toutes les matières mais qu'ils ne peuvent s'appliquer aux *« actions réelles immobilières et demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger »*, ainsi qu'aux *« demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France »*.

Cet arrêt laisse, alors, entendre que si la compétence des juridictions françaises doit ici être écartée, c'est qu'une compétence exclusive est reconnue aux tribunaux étrangers dans les matières visées. La même règle d'incompétence absolue des juridictions françaises est posée dans l'arrêt *Nagalingampoullé* à propos de la dévolution successorale des immeubles situés à l'étranger[64]. La compétence exclusive du juge du lieu de situation de l'immeuble en matière réelle immobilière est aujourd'hui reconnue à l'article 44 du Code de procédure civile étendu à l'ordre international.

30. Quant à la possible exclusivité de la compétence judiciaire française dans des litiges mettant en cause l'application d'une loi de police française, cette idée est aujourd'hui abandonnée. Aucune corrélation automatique ne peut être établie entre compétence française exclusive et applicabilité immédiate d'une loi de police française. En effet, la Cour de cassation dans son arrêt *Monster Cable*[65] a admis une compétence judiciaire étrangère même si des dispositions constitutives de lois de police françaises étaient applicables au fond du litige.

31. ***Le privilège de juridiction***. En ce qui concerne le deuxième cas de figure, le droit français accordait un caractère exclusif à la compétence du juge fondée sur la nationalité française de l'un des plaideurs (articles 14 et 15 du Code civil). L'exclusivité de cette

---

française a été même étendue à l'ensemble de la succession, tant mobilière qu'immobilière, lorsqu'un immeuble dépendant de la succession est *sis* en France et le défunt avait son dernier domicile en France, où sont aussi situés les immeubles revendiqués (Civ. 1re 14 juin 1983, *Rev. crit. DIP* 1984. 316, note ANCEL).

[63] Civ. 1re 27 mai 1970, *Weiss*, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 113, note H. BATIFFOL.

[64] Civ. 5 juill. 1933, *Nagalingampoullé*, *S*. 1934. I. 337, note NIBOYET ; *D*. 1934. I. 133, note SILZ. Selon cet arrêt, la dévolution successorale échappe en principe à la loi française et à la connaissance des tribunaux français. Les privilèges des articles 14 et 15 du Code civil ne jouent pas à l'égard des immeubles situés à l'étranger.

[65] Civ. 1re, 22 octobre 2008 n° 07-15.823, *Rev. crit. DIP* 2009. 69 et Chron. D. BUREAU et H. MUIR WATT ; *JDI* 2009. 599, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN ; *D*. 2009. 200, note JAULT-SESEKE ; *D*. 2009. Pan. 2384, obs. BOLLÉE ; *JCP* 2008. 10187, note D'AVOUT. V. *infra*, n° 201.

compétence était liée à l'idée de souveraineté, puisqu'elle correspondait dans le domaine de la juridiction à la compétence personnelle que le droit international public reconnaît à l'État pour son activité normative. Une conception plus privatiste a été adoptée par la suite, dès lors qu'on admet que le bénéficiaire du privilège de juridiction est en droit d'y renoncer[66].

L'exclusivité reconnue aux articles 14 et 15 conduisait systématiquement à l'inefficacité en France d'un jugement rendu à l'étranger contre un défendeur français ou sur la demande d'un Français – alors que l'introduction par le Français de son action à l'étranger fait présumer sa renonciation au privilège de juridiction de l'article 14 et par conséquent la compétence française disparaît en cas de renonciation.

La jurisprudence récente de la Cour de cassation, faisant écho aux critiques doctrinales[67], a finalement supprimé l'exclusivité de la compétence française fondée sur l'article 14 du Code civil dans son arrêt *Fercométal*[68] en décidant que *« l'article 14 du Code civil n'ouvre au demandeur français qu'une simple faculté et n'édicte pas à son profit une compétence impérative, exclusive de la compétence indirecte d'un tribunal étranger déjà saisi et dont le choix n'est pas frauduleux »*.

32. Quant à l'exclusivité de la compétence française fondée sur la nationalité du défendeur[69], elle a été vivement contestée en doctrine[70] et, dans un premier temps, elle a été mise en cause par la jurisprudence de la cour d'appel de Paris[71]. La Cour de cassation s'est,

---

[66] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridiction, (Étude de droit international privé), op. cit.*, n° 432 s., spéc. n° 478.

[67] D. HOLLEAUX *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, op. cit.*, p. 324 s., D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 1987, Masson, n° 960, P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 10e éd., 2010, Montchrestien, n° 376 ; E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridiction, (Étude de droit international privé), op. cit.*, n° 435 à 438.

[68] V. Civ 1re, 22 mai 2007 n° 04-14716, *op. cit*.

[69] La solution est ancienne, v. Req. 17 mars 1830, S. 1830. 1. 471. - Civ. 2 mai 1928, *DH* 1928. 334 ; *JDI* 1929. 76 ; *JCP* 1928. 843.

[70] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridiction, (Étude de droit international privé), op. cit.,* n° 439 à 447. L'argument relatif à la souveraineté française – invoquée afin de justifier l'article 15 du Code civil – ne convainc pas, dans la mesure où il se réalise par le biais du contrôle de la compétence du juge étranger. Comme le dit E. Pataut, *« l'attitude de méfiance envers les juges étrangers est antérieure aux conditions du contrôle des décisions étrangères et doit être posée dans une condition spécifique, qui traduirait la réticence de l'ordre juridique français face à une décision étrangère ; et cette condition ne peut être que la réciprocité »*. Quant à l'argument fondé sur la protection des intérêts du plaideur français à travers l'application de la loi française, il souffre de critique, même pour les questions relatives au statut ou à l'état. En effet, la condition de contrôle adaptée, pour assurer au Français le respect des droits que lui réserve la loi française et sauvegarder ainsi une politique législative française, n'est pas celle portant sur le contrôle de la compétence du juge étranger, mais celle portant sur le contrôle de la conformité de la décision étrangère à l'ordre public.

[71] Paris, 16 nov. 1989, *JDI* 1990. 127, note HUET ; Paris, 15 nov. 1991, *D.* 1992. IR 62.

finalement, ralliée à la décision de la cour d'appel de Paris, supprimant l'exclusivité de la compétence française fondée sur la nationalité française du défendeur dans l'arrêt *Prieur*[72], selon lequel, *« l'article 15 du Code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux »*.

Finalement, comme nous l'avons déjà mentionné auparavant[73], l'exclusivité de la règle de compétence peut aussi avoir pour objet de protéger l'intérêt des parties, qui ont conclu une clause attributive de juridiction. Dans cette hypothèse, la compétence exclusive du juge désigné sert à assurer aux parties le respect de leurs prévisions. Le juge français va, alors, considérer comme incompétent le juge étranger saisi d'une demande en violation d'une clause attributive de juridiction désignant les tribunaux français comme compétents pour en connaître. Ainsi que le précise P. de Vareilles-Sommières[74], cette exclusivité n'est pas d'ordre public et les parties ont la possibilité d'y déroger en conférant à la compétence du juge élu un caractère optionnel ; elles peuvent aussi renoncer au bénéfice de la clause.

33. ***La force de la compétence exclusive en droit national et en droit européen***. Il convient, cependant, de noter que dans le cadre de droit national, l'unilatéralisme des règles de compétence internationale ne permet pas à l'exclusivité de ces compétences françaises de s'exprimer pleinement, étant donné que rien n'oblige une juridiction étrangère saisie en violation d'une de ces règles à décliner sa compétence en faveur du juge français. En matière réelle immobilière, par exemple, une juridiction étrangère peut refuser de décliner sa compétence en faveur du juge français du lieu de situation de l'immeuble. En effet, le principe de souveraineté étatique posé par le droit international public interdit qu'un État prétende imposer aux autres États la compétence de ses propres juridictions.

---

[72] V. Civ. 1re, 23 mai 2006, no 04-12.777, *op. cit*. La Cour de cassation s'est, dans un premier temps, fermement opposée à la décision de la cour d'appel de Paris (Civ. 1re, 21 janv. 1992, *D.* 1993. Somm. 351, obs. AUDIT, - Et sur renvoi : Versailles, 22 sept. 1993, *JCP* 1995. II. 22459, note MUIR WATT, Civ. 1re, 18 mai 1994, Bull. civ. I, no 173, Civ. 1re, 3 juin 1997, 1re esp., *Rev. crit. DIP* 1998. 452, note ANCEL, Civ. 1re, 30 mars. 2004, n° 02-17.974, Bull. civ. I, n° 100 ; *Rev. crit. DIP* 2005. 89, note SINOPOLI ; *JDI* 2005. 790, note BARRIÈRE BROUSSE ; *JCP* 2004, II. 10097, note EGEA, *Defrénois* 2004. 38012, p. 1235, note MASSIP).

[73] V. *supra*, n° 18.

[74] P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Jugement étranger…, op. cit*., n° 114.

« Ce serait méconnaître la compétence exclusive que le droit international public reconnaît aux États pour définir la compétence de leurs organes. Il n'en va autrement que lorsque la compétence exclusive de droit international privé est elle-même fondée sur une compétence exclusive de droit international public – ce qui n'est pas toujours le cas »[75]. Néanmoins, souvent les États respectent spontanément les compétences exclusives des juridictions des autres États, par souci de réciprocité. Lorsque tel n'est pas le cas, l'État, dont la compétence exclusive n'a pas été respectée, a un moyen indirect de sanction, consistant à refuser de reconnaître les effets de la décision rendue en violation de sa règle de compétence exclusive par les tribunaux d'un autre État.

34. En revanche, dans l'Union européenne, l'effectivité des compétences exclusives est mieux garantie, compte tenu du caractère concerté des règles de compétence et l'obligation faite aux États de les respecter. Comme le remarque L. Usunier[76], *« au sein de l'espace judiciaire européen, l'existence d'un système de répartition des compétences entre les juridictions des États membres permet une expression plus pure de la technique de la compétence exclusive. Non seulement l'article 24 RBI bis investit les juridictions de l'État membre qu'il désigne d'une compétence exclusive, mais il prive aussi au passage les juridictions des autres États membres de leur compétence »*.

En effet, ainsi que nous le verrons ultérieurement[77], l'article 27 RBI *bis* oblige le juge d'un État membre saisi d'une demande relevant de la compétence exclusive du juge d'un autre État membre de décliner d'office sa compétence. Par ailleurs, la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par les juridictions des États membres doivent être refusées lorsqu'elles ont été rendues en violation d'une règle de compétence exclusive posée par l'article 24 RBI *bis*. Selon L. Usunier[78], *« la bilatéralisation des règles de compétences exclusive permise, au sein de l'espace judiciaire européen, par l'existence d'un instrument de droit uniforme, renforce considérablement l'efficacité de ces règles et la réalité de leur caractère exclusif »*.

[75] S. CLAVEL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 212.
[76] L. USUNIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale - Compétence - Règles de compétence exclusives - Article 24 du règlement (UE) n° 1215/2012 », *J.-Cl. dt. int.*, fasc. 584-160, 24 février 2015, p. 3.
[77] V. *infra*, n° 48.
[78] L. USUNIER, *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 4.

Contrairement aux droits de tradition romano-germanique, les droits de *common law* admettent moins ouvertement les règles de compétence exclusive.

2. Les droits de common law

35. ***Le droit anglais***. Dans les droits de *common law*, le juge dispose d'une faculté de dessaisissement discrétionnaire, qui lui permet de se dessaisir s'il ne s'estime pas bien placé pour trancher le litige. L. Usunier[79] constate dans sa thèse que rien ne permet *a priori* d'interdire au juge anglais de décliner sa propre compétence en faveur d'un juge étranger lorsque le litige met en cause l'intérêt général anglais[80], puisque la doctrine du *forum non conveniens* a vocation à s'appliquer de manière générale, en matière civile et commerciale. Les juges anglais refusent, par ailleurs, de tenir compte des facteurs d'intérêt public dans le cadre de cette doctrine. Seules les considérations liées aux intérêts privés des parties ou aux fins de la justice peuvent justifier le dessaisissement du juge anglais ou sa compétence.

La prise en compte des intérêts étatiques impliqués dans certains litiges n'est, toutefois, pas totalement exclue en droit anglais. Les litiges mettant en cause les intérêts fondamentaux d'un État sont souvent étroitement liés à cet État. Ainsi, le juge anglais saisi d'une action réelle portant sur un immeuble situé en Angleterre, par exemple, n'a aucune raison de se déclarer *forum non conveniens*, puisqu'il est considéré comme le juge ayant les liens les plus étroits avec le litige[81].

Par ailleurs, l'interdiction de la prise en compte des facteurs d'intérêt public n'est pas absolue, car ces derniers peuvent être pris en considération s'ils se rattachent à des considérations liées aux intérêts privés des parties ou aux fins de la justice ; tel est le cas de la loi applicable au litige. La prise en compte de la loi applicable peut justifier le refus du dessaisissement[82] du juge du for lorsque l'affaire soulève une question qui présente un intérêt fondamental pour l'État du for et qui ne peut en conséquence échapper à la loi du for.

---

[79] L. USUNIER, *La régulation…op. cit.,* p. 279 et s.

[80] Il est, alors, théoriquement possible que le juge anglais, saisi d'une action réelle immobilière concernant un immeuble situé en Angleterre, se dessaisisse en faveur d'un juge étranger.

[81] V. sur ce point, la partie consacrée au droit anglais du tableau comparatif préparé par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, *op. cit*., v. *supra* n° 25.

[82] L'arrêt rendu en 1987 dans l'affaire *Du Pont v. Agnew* est illustratif. Le litige portait sur des polices d'assurance souscrites par une société américaine auprès d'assureurs britanniques. Le juge anglais refuse de se dessaisir en faveur du juge américain, en tenant compte du fait que les polices d'assurance litigieuses étaient soumises au droit anglais (*Du Pont de Nemours v. Agnew* [1987] 2 Lloyd's Rep. 585 (CA)).

36. ***Le droit américain***. Contrairement au droit anglais, le droit américain accorde un rôle important à la protection des intérêts étatiques dans le cadre de la doctrine du *forum non conveniens*[83]. Le juge américain apprécie, en effet, s'il est approprié pour connaître du litige en prenant en compte les facteurs d'intérêt public, telle la loi applicable au litige ou l'intérêt de l'État du for à trancher le litige. Il peut, ainsi, refuser de se dessaisir lorsque le litige met en cause un intérêt américain fondamental, même si un juge étranger est mieux placé pour connaître du litige. Toutefois, il est intéressant de noter que les juges américains n'utilisent pas le mécanisme des compétences exclusives afin de refuser leur dessaisissement, mais la méthode de la balance des intérêts étatiques – en comparant les intérêts respectifs de l'État du for et de l'État étranger à trancher le litige[84] – ou la doctrine du *forum non conveniens*. C'est notamment le cas en droit de la concurrence[85].

37. L'applicabilité au litige de la loi américaine dans des matières teintées de considérations d'intérêt général, tel le droit de la concurrence, renforce la compétence du juge américain, en la rendant beaucoup plus difficile à décliner, dans le cadre de la doctrine du *forum non conveniens*. La cour d'appel fédéral du cinquième circuit[86] a même exclu totalement le recours à cette doctrine, estimant que l'applicabilité du droit antitrust américain rend la compétence du juge américain indéclinable. Cette position ne fait, pourtant, pas l'unanimité. La cour d'appel du second circuit[87], a, en revanche, réaffirmé l'applicabilité de la doctrine du *forum non conveniens* en matière d'antitrust, en invoquant des arrêts qui ont refusé d'écarter cette doctrine dans des affaires impliquant d'autres lois de police américaines que les lois antitrust.

---

[83] L. USUNIER, *La régulation…op. cit.*, p. 282 et s.

[84] S'agissant du droit américain, il convient de noter que, parmi les motifs de non-reconnaissance des jugements étrangers prévus dans le 2005 Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act (§4 (b)(3)) ainsi que le Restatement 3rd Foreign Relations Law of the USA (§ 482(2)(a)), figure *« l'absence de compétence du tribunal d'origine en la matière »*. Selon le premier texte, qui est en vigueur dans 33 États américains, il s'agit d'un motif obligatoire de non-reconnaissance. En revanche, le second texte, qui rassemble les principes de la *common law* en matière de reconnaissance des décisions étrangères et est valable dans les autres États américains, prévoit qu'il s'agit d'un motif facultatif de non-reconnaissance (v. Ronald A. BRAND, « Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments », p. 20, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 74, p. 491, 2013, U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2014-22, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2443977). D'après les commentaires sur ces textes, l'hypothèse principalement visée est celle où le jugement étranger concerne des immeubles situés aux États-Unis ou des marques ou brevets américains.

[85] *Timberlane Lumber Co v. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976), spéc. p. 613 et s, *Mannington Mills Inc v. Congoleum Corp*, 595 F. 2d 1287 (3d Cir. 1979), p. 1296 et s, *Capital Currency Exhange v. National Westminster Bank Plc*, 155 F. 3d 603 (2d Cir. 1998) p. 606 et s..

[86] *Industrial Inv. Development Corp v. Mitsui & Co*, Ltd, 671, F. 2d 876 (5th Cir. 1982) p. 890 et s.

[87] *Capital Currency Exhange v. National Westminster Bank Plc*, 155 F. 3d 603 (2d Cir. 1998) p. 606 et s.

38. Il faut, enfin, remarquer, qu'en droit américain, le fait que le litige mette en cause un intérêt américain fondamental ne suffit pas toujours à exclure le dessaisissement du juge américain. Ainsi, les juridictions américaines, lorsqu'elles sont saisies en violation d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause d'arbitrage, acceptent parfois de se dessaisir, même si une loi de police américaine est applicable, à condition que la loi appliquée par la juridiction étrangère élue leur paraisse équivalente à la loi de police américaine ou si elles estiment probable que l'arbitre statue en vertu de la loi de police en question[88].

39. On s'aperçoit, alors, que dans les droits de *common law*, les mécanismes, qui sont prévues, afin de protéger les intérêts publics fondamentaux du for sont beaucoup plus souples que le mécanisme rigide des compétences exclusives, employé dans les droits de tradition civiliste.

Une fois que nous avons étudié les compétences exclusives établies en droit national, il convient, à présent, de s'intéresser à celles prévues en droit international.

B. Les compétences exclusives en raison de la matière en droit international

40. Nous allons étudier, d'une part, les compétences exclusives en raison de la matière prévues en droit européen (1) et d'autre part, celles qui sont établies par des conventions internationales (2).

1. Les compétences exclusives en raison de la matière en droit européen

41. Dès l'adoption de la Convention de Bruxelles, figurait un article dans la convention, qui édictait des règles de compétence exclusive en raison de la matière, l'article 16 (a). Cette disposition a été reprise dans les versions ultérieures du texte. Il est important de voir, comment est reçue la notion de compétence exclusive en droit européen et quelles sont les conséquences de l'exclusivité dans l'instance directe et indirecte (b).

[88] *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F. 2d 1353 (2d Cir. 1993), p. 1365 et s. ; *Bonny v. Society of Lloyd's*, 3 F. 3d 156 (7th Cir. 1993), p. 160-162, *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, Inc, 473 US 614 (1985) : la Cour suprême des États-Unis a accepté de se dessaisir d'une affaire relevant des lois américaines antitrust pour donner effet à la convention d'arbitrage conclue par les parties, en affirmant qu'il faut faire confiance au tribunal arbitral pour appliquer le droit de la concurrence américain.

a. La genèse de l'article 16 de la Convention de Bruxelles

42. ***L'identification des compétences exclusives au sein de l'espace judiciaire européen***. L'article 16 de la Convention de Bruxelles prévoit des règles de compétence exclusive dans certaines matières au profit des tribunaux des États contractants sans considération de domicile et nonobstant tout accord contraire des parties. Elles ont pour fondement une intégration dans la Communauté résultant des liens très étroits qui unissent le fond du litige au territoire d'un État membre. G. Droz[89] souligne dans sa thèse que la voie choisie par les négociateurs consiste à énumérer un catalogue restrictif des compétences exclusives directes. Pourtant, le problème d'identification des compétences exclusives pouvait être traité de façon différente, c'est-à-dire de manière indirecte sous l'angle du respect des compétences exclusives des tribunaux de l'État où la reconnaissance d'un jugement est demandée.

Un tel système a été rejeté car il présente des inconvénients. Il ne règle pas le problème de la compétence directe et il laisse planer une grande incertitude sur la validité intracommunautaire des jugements rendus sur la base d'une compétence directe prévue par la Convention. L'auteur remarque, par ailleurs, qu'il s'avère difficile de déterminer dans la pratique quelles sont précisément les compétences exclusives existant dans le droit national des États, dans la mesure où ces compétences peuvent être très variées.

43. On constate, ainsi, qu'un tel système permettant à chacun des États contractants d'imposer de manière indirecte le respect de ses propres compétences exclusives, porterait atteinte à la libre circulation des jugements dans l'Union européenne, laquelle constitue l'un des buts essentiels poursuivis par la Convention. Le problème des compétences exclusives pourrait aussi être réglé de manière directe, en admettant les compétences exclusives que chacun des États contractants aurait prétendu vouloir faire respecter. Mais un tel système exigeait que chacun des États fasse connaître la liste des compétences exclusives qu'il entend faire respecter sur le plan international.

Or, cette tâche s'est révélée être bien difficile puisqu'aucune des délégations n'a réussi à présenter une liste exhaustive des compétences exclusives existant dans son propre pays, ni même à distinguer celles qui méritaient d'être respectées sur le plan international et celles qui

[89] G. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne*, Dalloz, 1972.

pouvaient être considérées comme de pur droit interne. P. Bellet[90] souligne que la difficulté pour chacun des experts présents à Bruxelles d'établir une liste des compétences exclusives connues en droit national est apparue, puisque le caractère exclusif des compétences résulte dans plusieurs pays, non pas tant de la loi que d'une jurisprudence assez mouvante.

44. ***Le système de l'article 16***. Les négociateurs ont procédé à une confrontation des règles admises par les États membres et il est apparu entre celles-ci une similitude. Ils ont, alors, opté pour le système de l'article 16 consistant à établir un catalogue uniforme et très limité des règles de compétence exclusive. Tout autre compétence exclusive prévue par le droit national des États membres ne peut être prise en considération dans les relations intra-européennes. La liste des règles de compétence exclusive de l'article 16 est exhaustive et fait l'objet d'une interprétation autonome par la CJUE.

La Cour de justice a souligné à plusieurs reprises que les dispositions de l'article 16 *« ne doivent pas être interprétées dans un sens plus étendu que ne le requiert leur objectif, dès lors qu'elles ont pour effet de priver les parties du choix du for qui autrement serait le leur et, dans certains cas, de les attraire devant une juridiction qui n'est la juridiction propre du domicile d'aucune d'entre elles »*[91]. Le rapport Jenard précise également que « *les matières énumérées à l'article 16 ne sont constitutives de compétence juridictionnelle exclusive que si le tribunal doit en connaître à titre principal »*[92]. L'établissement de cette liste est conforme à l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité. En effet, il facilite considérablement les choses pour le justiciable qui a la possibilité de connaître de manière précise à quoi s'en tenir. Les compétences exclusives prévues dans le droit national des États membres ne sont plus à prendre en considération dans les relations intracommunautaires.

45. ***Les cas de compétence exclusive***. Les règles de compétence exclusive prévues dans l'article 16 ont été reprises dans les instruments successifs, à savoir le RBI (article 22) et le RBI *bis* (article 24), mais elles ont subi certaines retouches au fil du temps, comme nous le verrons par la suite. Les cas de compétence exclusive figurent aujourd'hui à l'article 24 RBI *bis* et ont

[90] P. BELLET, « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché Commun », *Clunet* 1965, p. 833.
[91] CJCE 14 décembre 1977, *Sanders*, aff. C-73/77, points 17-18, CJCE 27 janvier 2000 *Dansommer*, aff. C-8/98, point 21, CJUE 12 mai 2011, *Berliner Verkhersbetriebe (BVG) c/ JP Morgan Chase Bank NA*, aff. C-144/10, point 30.
[92] Rapport Jenard, Journal officiel des Communautés européennes, 5 mars 1979, C 59, p. 34.

trait aux immeubles, aux sociétés, aux inscriptions sur les registres publics, à la propriété intellectuelle ainsi qu'à l'exécution des décisions. La Convention de Lugano révisée prévoit également à son article 22 des règles de compétence exclusive dans les mêmes matières[93].

Concrètement, les cas de compétence exclusive concernent la matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, la validité des sociétés et des décisions de leurs organes, la validité des inscriptions sur les registres publics, l'inscription et la validité des droits de la propriété intellectuelle ainsi que l'exécution des décisions. Lorsque le critère de rattachement retenu par l'un des paragraphes de l'article 24 *bis* se trouve sur le territoire d'un État membre, les juges de cet État sont exclusivement compétents.

Afin de bien comprendre l'article 24 RBI *bis,* il faut expliquer la notion de compétence exclusive au sens du RBI *bis*.

b. La notion de compétence exclusive dans le RBI *bis*

46. Les règles de compétence exclusive entraînent des conséquences qui se déploient non seulement au stade de l'instance directe (i) mais aussi au niveau des effets des jugements (ii).

i. Les conséquences de l'exclusivité au stade de l'instance directe

47. ***La « force obligatoire particulièrement contraignante » des règles de compétence exclusive.*** Les règles de compétence exclusive de l'article 24 RBI *bis* s'appliquent sans considération du domicile des parties[94] et elles sont dotées, comme l'écrit H. Gaudemet-Tallon, d'une *« force obligatoire particulièrement contraignante »*[95]. Il s'agit de règles qui sont susceptibles de produire diverses conséquences tant dans l'instance directe qu'au niveau des effets des jugements. En d'autres termes, ces règles sont à la fois impératives, en ce sens

[93] Il s'agit de l'article 22 de la Convention de Lugano révisée du 30 octobre 2007. La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 prévoyait également ces règles de compétence exclusive à son article 16.
[94] Selon la CJUE, *« la raison d'être de ces règles de compétence exclusive est en effet l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre le litige et un État contractant, indépendamment du domicile tant du défendeur que du demandeur »* (CJUE, 13 juillet 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA contre Universal General Insurance Company (UGIC),* aff. C-412/98, point 46).
[95] H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 6e éd. 2018, n° 99.

qu'elles s'imposent aux parties et au juge mais aussi exclusives, dans la mesure où les juridictions désignées par l'article 24 RBI *bis* sont seules compétentes.

Ainsi que le précisent D. Holleaux, J. Foyer et G. de la Geouffre de la Pradelle, les règles de l'article 24 RBI *bis* sont directement impératives, dans le sens où elles ne sont évincées ni par des clauses de juridiction en faveur de juges étrangers ni par la comparution volontaire du défendeur et indirectement exclusives, puisque leur violation est une cause de refus de reconnaissance et d'exécution des décisions qui ne les respectent pas[96].

48. Quant aux conséquences de l'exclusivité dans l'instance directe, les juridictions de l'État membre investies de la compétence exclusive par l'article 24 doivent refuser de décliner leur compétence en faveur d'un juge étranger désigné dans une clause attributive de juridiction (solution explicitement rappelée par l'article 25 §4 RBI *bis*). La compétence exclusive ne peut, alors, être écartée par la volonté commune des parties ni par une comparution volontaire du défendeur (article 26 RBI *bis*).

La juridiction d'un État membre saisie en violation d'une règle de compétence exclusive doit se dessaisir, quels que soient les mérites de sa compétence, en faveur du juge exclusivement compétent en vertu de l'article 24 RBI *bis*. Même si le défendeur s'abstient de contester la compétence du juge saisi, son dessaisissement doit intervenir d'office, comme le précise l'article 27 RBI *bis*.

49. ***Compétence exclusive et conflit de procédures (litispendance et connexité)***. En outre, l'exclusivité de la compétence du juge désigné le conduit à refuser de surseoir à statuer en faveur d'un autre juge en cas de conflit de procédures, c'est-à-dire en cas de litispendance ou de connexité européenne[97]. Même si la solution n'est pas expressément affirmée par les dispositions du règlement, il semble que les règles relatives à la litispendance et la connexité

[96] Le caractère impératif – opposé au caractère facultatif – d'une compétence concerne uniquement la compétence directe et plus précisément le point de savoir si la volonté des parties peut ou non évincer la compétence directe en question. En revanche, le caractère exclusif – opposé au caractère concurrent – a trait à la compétence indirecte et empêche de reconnaître et d'exécuter une décision de toute autre juridiction. (D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE LA GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, éd. Masson, 1987, p. 385, n° 827 et s., p. 435 n° 952).

[97] En vertu de l'article 29 RBI *bis*, le juge saisi en second lieu d'une demande identique (ayant le même objet, la même cause et formée entre les même parties) à celle préalablement portée devant le juge d'un autre État membre de l'Union doit surseoir à statuer en faveur du juge premier saisi et selon l'article 30 du texte, le juge saisi en second lieu d'une demande connexe à celle préalablement portée devant le juge d'un autre État membre peut surseoir à statuer en faveur du premier juge.

doivent être écartées lorsque le juge saisi en second lieu est investi d'une compétence exclusive en vertu de l'article 24. La solution peut être admise sans difficulté en cas de connexité européenne, étant donné que le sursis à statuer du juge second saisi est facultatif. En effet, le juge français du lieu de situation de l'immeuble a rejeté l'exception de connexité formée par le défendeur en faveur d'un juge belge premier saisi d'une demande liée[98].

50. En revanche, la solution ne semble pas certaine en cas de litispendance, puisque le sursis à statuer est alors obligatoire pour le juge saisi en second lieu, dans l'attente de la décision du juge premier saisi sur sa compétence. Nous pouvons penser que le juge exclusivement compétent, saisi en second lieu, doit surseoir à statuer en faveur du juge premier saisi, et attendre que ce dernier décline sa compétence en faveur du juge second saisi mais exclusivement compétent en la matière. Pourtant, une telle solution serait illogique, dans la mesure où elle implique une perte de temps. Ainsi, il semble que la compétence exclusive du juge saisi en second lieu s'oppose à son sursis à statuer en faveur du juge premier saisi.

Le mécanisme de la litispendance ne doit pas alors jouer lorsque la compétence de la juridiction saisie en second est fondée sur une règle de compétence exclusive. Cette solution paraît raisonnable, car, dans cette hypothèse, la juridiction première saisie est dépourvue de compétence et la décision qu'elle rendrait ne pourrait être ni reconnue ni exécutée dans un autre État membre. Nous pouvons même considérer qu'en réalité, il n'y a pas de litispendance, puisque celle-ci requiert la saisine de deux juridictions compétentes. Or, si seule la seconde se voit attribuer une compétence exclusive, la première n'est *a fortiori* pas compétente.

51. ***La jurisprudence de la CJUE sur l'exclusivité de la compétence et le mécanisme de litispendance***. L'exception à la règle de la litispendance en cas de compétence exclusive du juge saisi en second lieu a été admise implicitement par la Cour de justice dans son arrêt *Overseas Union Insurance*[99]. Dans cette affaire, la question posée à la Cour, portait sur le point de savoir si le juge saisi en second lieu pouvait éventuellement refuser de surseoir à statuer en faveur du juge premier saisi en cas de litispendance.

[98] Civ 1re, 21 sept. 2005, n° 03-20.102, *JCP G* 2006, II, 10043, note D. MARTEL.
[99] CJCE 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd c/ New Hampshire Insurance Company* aff. C-351/89, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 764, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1992, p. 493, obs. A. HUET.

La Cour après avoir relevé « *qu'aucun élément du dossier ne [faisait] apparaître que la procédure au principal [relevait] d'une compétence exclusive prévue par la convention et, notamment, par son article 16* » (point 20 de l'arrêt), elle a conclu que « *sous réserve de l'hypothèse où le juge saisi en second lieu disposerait d'une compétence exclusive prévue par la convention et, notamment, par son article 16, l'article 21 de la convention doit être interprété en ce sens que, lorsque la compétence du juge saisi en premier lieu est contestée, le juge saisi en second lieu ne peut que surseoir à statuer, au cas où il ne se dessaisirait pas, sans pouvoir examiner lui-même la compétence du juge saisi en premier lieu* ». La réserve formulée laisse entendre que la Cour n'exclut pas la possibilité que l'exclusivité de la compétence du juge second saisi puisse apporter une exception à son obligation de surseoir à statuer au profit du juge premier saisi.

52. Il est intéressant de noter que G. Droz[100] suggérait que le juge second saisi puisse statuer en vertu de sa compétence exclusive sans attendre la réaction du tribunal premier saisi, même si l'article 29 RBI *bis* – relatif au mécanisme de litispendance – ne fait aucune allusion au problème des compétences exclusives. Le juge premier saisi soit accueillera l'exception d'incompétence soulevée devant lui, soit même se déclarera d'office incompétent selon l'article 27 RBI *bis*.

Cependant, cette solution a été contestée par P. Gothot et D. Holleaux[101], qui défendaient une application stricte de la lettre de l'article 29. Selon ces auteurs, si on permet au juge second saisi de statuer lorsqu'il est seul doté d'une compétence exclusive, ce ne serait que parce que la décision du juge premier saisi n'aurait aucune chance d'être reconnue dans l'État du juge second saisi. On ajouterait alors à l'article 29 une condition qui n'y figure pas, à savoir la reconnaissance possible dans l'État du juge second saisi de la décision rendue par le juge premier saisi.

La solution proposée par G. Droz semble préférable, puisque, comme le dit H. Gaudemet-Tallon, *« il paraît très choquant que le juge second saisi, doté seul de compétence exclusive doive, si l'on respecte strictement la lettre même de l'article 29, se dessaisir si la compétence de la première juridiction n'est pas contestée alors qu'il est clair que cette juridiction soit se*

[100] G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, Dalloz 1972, n° 311.
[101] P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, éd. Jupiter, 1985, n° 219 et 220.

déclarera d'office incompétente, soit rendra une décision qui ne sera pas reconnue à l'étranger. On peut difficilement concevoir que les rédacteurs de l'article 29 aient voulu ce résultat »[102].

53. La Cour de justice est revenue par la suite sur cette question dans son arrêt *Gasser*[103]. Comme dans son arrêt *Overseas Union Insurance*, la question posée ne concernait pas directement l'hypothèse où la juridiction saisie en second lieu est exclusivement compétente en vertu de l'article 16 de la Convention de Bruxelles. La question en l'espèce portait sur le point de savoir si le juge second saisi, exclusivement compétent en vertu d'une clause attributive de juridiction, pouvait refuser de surseoir à statuer au profit du juge premier saisi en violation de la clause. Toutefois, afin de répondre à cette question, la Cour de justice a rappelé la réserve qu'elle avait émise dans son arrêt *Overseas Union Insurance* à propos de l'hypothèse où le juge second saisi est exclusivement compétent selon l'article 16 de la Convention de Bruxelles.

Elle a affirmé ensuite que *« le juge saisi en second lieu n'est, en aucun cas, mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier »* car *« cette compétence est déterminée directement par les règles de la convention de Bruxelles, qui sont communes aux deux juges et qui peuvent être interprétées et appliquées avec la même autorité par chacun d'entre eux »* (point 48 de l'arrêt *Gasser*).

Elle a conclu, ainsi, que le juge saisi en second lieu et exclusivement compétent en vertu d'une clause attributive de juridiction ne pouvait refuser de surseoir à statuer au profit du juge premier saisi en violation de la clause. Autrement dit, selon la Cour, le juge élu n'est pas mieux placé que le juge premier saisi pour statuer sur la question de savoir si la clause attributive a été méconnue[104].

---

[102] H. GAUDEMET-TALLON, « Litispendance : domicile des parties et contestation de la compétence du juge saisi en premier », *Rev. crit. DIP 1991*, p. 764.

[103] CJCE 9 déc. 2003, *Erich Gasser GmbH c/MISAT Srl* aff. C-116/02, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 444, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2004, p. 641, obs. A. HUET ; *D.* 2004, p. 1046, note Ch. BRUNEAU ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 444, note H. MUIR WATT *; JDI* 2004, p. 641, obs. A. HUET.

[104] Comme le constate H. Muir Watt dans son commentaire, *« il est vrai que deux juges d'États contractants différents, saisis simultanément de la question de la validité d'une clause attributive, ont a priori une égale aptitude à y apporter une réponse »* (H. MUIR WATT, « Litispendance européenne et clause attributive de juridiction », *Rev. crit. DIP* 2004, p. 444). Néanmoins, l'avocat général avait avancé des arguments de politique conventionnelle méritant l'attention ; celui-ci avait estimé que d'importantes considérations de politique conventionnelle relatives à la protection des clauses d'élection de for exigeaient de déroger au profit de ces dernières au critère chronologique de l'article 21, afin de permettre au juge élu de statuer prioritairement sur sa propre compétence. L'utilisation rigide de la règle *prior tempore* est susceptible d'encourager les saisines dilatoires des juridictions d'États membres dont la célérité des tribunaux n'est pas la principale vertu. Selon l'avocat général, il convenait de faire bénéficier l'article 17 du statut dérogatoire que l'arrêt *Overseas Union Insurance* avait réservé aux compétences exclusives de l'article 16 au regard du règlement des conflits de procédure. Ainsi que le dit

54. La Cour de justice a, pourtant, précisé que cette interprétation de l'article 21 de la Convention de Bruxelles était *« corroborée par l'article 19 de ladite convention qui ne prévoit l'obligation pour un juge d'un État contractant de se déclarer d'office incompétent que pour le cas où il est « saisi à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre État contractant est exclusivement compétente en vertu de l'article 16 ». L'article 17 de la convention de Bruxelles n'est pas visé par l'article 19 »* (point 52 de l'arrêt *Gasser*).

Ainsi, en mettant l'accent sur cette différence entre les compétences exclusives en raison de la matière de l'article 16 (devenu article 24 RBI *bis*) et la compétence exclusive que l'article 17 (devenu article 25 RBI *bis*) accorde au juge désigné dans une clause attributive de juridiction, la Cour paraît réserver un sort particulier à ces compétences. Il semblait, par conséquent, possible qu'elle admette que l'article 24 RBI *bis* puisse apporter une exception à l'article 29 du règlement, permettant au juge second saisi, et exclusivement compétent en vertu de l'article 24, de refuser de surseoir à statuer en faveur du juge premier saisi en vertu de l'article 29.

Il faut préciser que le principe de la priorité chronologique consacré dans l'arrêt *Gasser* est écarté par le nouvel article 31 RBI *bis*[105], qui consacre la compétence-compétence du juge élu alors même qu'il est second saisi. Le règlement donne, ainsi, priorité à la juridiction désignée par la clause d'élection de for pour se prononcer sur la validité de celle-ci et sur sa propre compétence, que cette juridiction ait été ou non saisie en premier lieu.

55. La Cour de justice a réaffirmé dans son arrêt *Cartier parfums*[106] la réserve, posée dans l'affaire *Overseas Union Insurance*, selon laquelle les compétences exclusives sont susceptibles d'apporter une exception à l'obligation pesant sur le juge second saisi de surseoir à statuer en cas de litispendance européenne. La Cour a jugé que *« la compétence du tribunal*

H. Muir Watt, *« dès lors qu'aux termes de l'article 17, le juge désigné par une clause attributive est « seul compétent », et que, du moins selon la position prise par le rapport Schlosser, le juge d'un autre État contractant saisi au mépris d'une clause attributive doit se déclarer d'office incompétent en cas de non-comparution du défendeur (point 22), ne fallait-il pas lui réserver un régime analogue aux compétences de l'article 16 en cas de litispendance ? »* (H. MUIR WATT, « Litispendance européenne et clause attributive de juridiction », *op. cit.*).

[105] Selon l'article 31 §2 et 3 du RBI *bis* : *«2. Sans préjudice de l'article 26, lorsqu'une juridiction d'un État membre à laquelle une convention visée à l'article 25 attribue une compétence exclusive est saisie, toute juridiction d'un autre État membre sursoit à statuer jusqu'à ce que la juridiction saisie sur le fondement de la convention déclare qu'elle n'est pas compétente en vertu de la convention. 3. Lorsque la juridiction désignée dans la convention a établi sa compétence conformément à la convention, toute juridiction d'un autre État membre se dessaisit en faveur de ladite juridiction »*. Le principe évoqué dans l'article 31 §2 connaît une exception lorsque le défendeur comparaît et ne soulève pas l'incompétence de la juridiction saisie (art. 26).

[106] CJUE 27 févr. 2014 *Cartiers parfums*, aff. C-1/13, *Rev. crit. DIP* 2014, p. 694, note H. MUIR WATT.

saisi en premier lieu doit être considérée comme établie, au sens de l'article 27, paragraphe 2, du règlement Bruxelles I, dès lors que ce tribunal n'a pas décliné d'office sa compétence et qu'aucune des parties ne l'a contestée avant ou jusqu'au moment de la prise de position considérée, par son droit procédural national, comme la première défense au fond présentée devant ledit tribunal » (point 45 de l'arrêt *Cartier parfums*). Le juge second saisi doit alors se dessaisir lorsque la compétence du juge saisi en premier lieu est établie par la comparution volontaire du défendeur à la première action.

La Cour a, cependant, précisé dans le dispositif de sa décision que cette solution s'applique *« sous réserve de l'hypothèse où le tribunal saisi en second lieu disposerait d'une compétence exclusive en vertu de ce règlement »*. L'exception posée dans l'affaire *Overseas Union Insurance* est réaffirmée dans l'arrêt *Cartier parfums* sous la forme d'un *obiter dictum*, étant donné qu'aucune règle de compétence exclusive n'était en cause en l'espèce.

56. Finalement, cette solution est confirmée de manière plus explicite dans l'arrêt *Weber*[107]. La compétence exclusive en cause était celle de l'article 22 §1 RBI *bis*[108]. La Cour a considéré que la demande formée en l'espèce devant le juge premier saisi relevait bien de la matière réelle immobilière, de sorte que la juridiction saisie en second lieu avait compétence exclusive pour statuer sur cette demande. Par conséquent, le juge saisi en second lieu n'était pas tenu de décliner sa compétence en faveur du juge premier saisi.

Plus précisément, la Cour a affirmé dans son dispositif qu' *« avant de surseoir à statuer en application de l'article 27, paragraphe 1, la juridiction saisie en second lieu est tenue d'examiner si, en raison d'une méconnaissance de la compétence exclusive prévue à l'article 22, point 1, du règlement Bruxelles I, une décision éventuelle au fond de la juridiction saisie en*

[107] CJUE 3 avril 2014 *Weber c/ Weber*, *Europe* 2014, comm. 285, obs. L. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2014. 704, note L. D'AVOUT ; *D*. 2015. 1056, note H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE.

[108] L. Usunier explique que le litige, en l'espèce, opposait deux sœurs, propriétaires indivises d'un immeuble situé en Allemagne, et le fils de l'une d'elles, ayant son domicile en Italie. Ce dernier avait contesté dans une première action, engagée en Italie, la validité de l'exercice par sa tante du droit de préemption dont elle bénéficiait sur la part du bien appartenant à sa sœur, mère du demandeur. Le second procès, intenté en Allemagne, opposait les deux sœurs à propos de l'exécution de la vente conclue suite à l'exercice du droit de préemption et à son inscription au registre foncier. La Cour de justice, sans examiner l'aspect des questions préjudicielles relatif à la question de savoir s'il y avait identité de parties et d'objet entre les demandes portées devant le juge italien et le juge allemand, a affirmé que le juge allemand saisi en second lieu n'est pas tenu de surseoir à statuer en faveur du juge italien (L. USUNIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale - Compétence - Règles de compétence exclusives - Article 24 du règlement (UE) n° 1215/2012 », *J.-Cl. dt. int.*, fasc. 584-160, 24 février 2015, n° 19).

premier lieu ne sera pas reconnue dans les autres États membres, conformément à l'article 35, paragraphe 1, dudit règlement ». Ainsi que le remarque L. d'Avout[109], la Cour a créé dans cet arrêt « *un mécanisme nouveau de règlement des conflits de procédures pour les cas où le juge second saisi apparaîtrait manifestement le mieux placé pour connaître du litige, car investi d'un titre de compétence exclusive. Ce mécanisme repose sur un pronostic de reconnaissance du jugement à intervenir au for premier saisi* ».

57. Afin de mettre en œuvre l'exception au principe *prior tempore*, le juge second saisi doit être certain du refus de reconnaissance de la décision rendue par le juge saisi en premier lieu. Tout doute en faveur de sa propre compétence exclusive devrait jouer en faveur du sursis à statuer.

« La Cour de justice ratifie explicitement cette logique de l'anticipation du test de reconnaissance. Radicale en ses convictions, elle affirme que la juridiction saisie en second n'a pas à attendre la décision du juge premier saisi, est « tenue » (pt. 60) d'effectuer immédiatement le test de sa propre compétence exclusive et, en cas d' « incompétence avérée » du juge premier saisi (pt. 53), « n'est plus en droit » de surseoir à statuer ou de se dessaisir (pt. 56) »[110]. Bien que formulée à propos de l'article 22 §1, la solution paraît valable pour l'ensemble des compétences exclusives prévues par le règlement.

ii. Les conséquences de l'exclusivité au stade de l'instance indirecte

58. ***Le refus de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers***. L'exclusivité de la compétence entraîne aussi des conséquences qui se déploient au niveau des effets des jugements. Selon l'article 45 §1 e) RBI *bis*, la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue dans un État membre doit être refusée, à la demande de toute partie intéressée, si la

[109] L. D'AVOUT, « Litispendance : compétence exclusive en matière de droits réels immobiliers », *Rev crit. DIP* 2014, p. 704.

[110] *Ibid*. Il est, pourtant, intéressant de noter que selon l'auteur, *« la formule radicale de la Cour pourrait presque être jugée malheureuse, si elle devait être transposée de la litispendance à la connexité (v. l'énigmatique pt. 65 de l'arrêt). L'on voit mal, en effet, pourquoi le juge second saisi ne devrait pas garder une faculté de sursis à statuer lorsque le litige introduit à l'étranger est seulement voisin de celui relevant de sa compétence exclusive et éventuellement d'ampleur égale ou plus grande. La possibilité de surpasser le règlement chronologique du conflit de procédures ne devrait pas impliquer la nécessité d'y procéder en toute circonstance ; surtout lorsque le juge premier saisi a été sollicité, hors de toute fraude, de demandes significatives pour la résolution desquelles il apparaît bien placé. L'ardeur de la Cour de justice à défendre le mécanisme nouveau présente peut-être sur ce point quelque chose d'excessif ».*

décision méconnaît l'une des règles de compétence exclusive prévues par l'article 24 du règlement.

On pourrait également considérer qu'un jugement rendu dans un État tiers, dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée dans un État membre, se heurte à un refus d'*exequatur* s'il porte atteinte à l'une des compétences exclusives de l'article 24 – à condition que ce dernier désigne les juridictions d'un État membre. Cette solution apparaît comme la conséquence logique du domaine d'application spatial exorbitant de l'article 24, qui s'applique indépendamment du domicile du défendeur.

Ce champ d'application justifie que, dans l'instance indirecte, le motif de refus de reconnaissance et d'exécution qui en découle s'applique aussi, de façon exceptionnelle, à la reconnaissance ou l'exécution des jugements en provenance des États tiers, alors même que la régularité de ces décisions relève du seul droit national des États membres. Comme on l'a mentionné auparavant[111], dans ces hypothèses le droit national de la régularité internationale des jugements étrangers se trouve affecté.

59. ***Le caractère dérogatoire des règles de compétence exclusive à deux principes préservés par le RBI bis***. On s'aperçoit, alors, après cet exposé des conséquences produites par l'exclusivité, que les compétences exclusives constituent une anomalie et doivent demeurer exceptionnelles, puisqu'elles apparaissent dérogatoires à deux principes garantis par le RBI *bis*.

Le principe de concurrence des fors. Concrètement, dans l'instance directe, le règlement garantit le principe de concurrence des compétences en offrant dans la plupart des cas au demandeur le choix entre les juridictions de différents États membres. Le maintien de ce principe est un choix délibéré de la part du législateur européen, qui entend protéger les droits de la demande et faciliter l'accès à la justice dans la sphère internationale[112].

En revanche, les compétences exclusives obligent le demandeur à agir devant les tribunaux d'un seul et unique État membre, ce qui est susceptible de compliquer l'action en justice lorsque

[111] V. *supra*, n° 25.
[112] L. USUNIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale - Compétence - Règles de compétence exclusives - Article 24 du règlement (UE) n° 1215/2012 », *J.-Cl. dt. int.*, fasc. 584-160, *op. cit.*, n° 2.

le demandeur se trouve dans l'impossibilité de saisir le juge exclusivement compétent. Elles dérogent également au principe fondamental en droit européen de la compétence des juridictions du domicile du défendeur.

Comme le note D. P. Fernández Arroyo[113], la détermination de la compétence dans les situations de droit international privé s'appuie essentiellement sur deux principes fondamentaux, à savoir la concurrence des fors et leur caractère raisonnable, qui renvoie à l'idée de proximité. En effet, la règle générale en matière de conflit de juridictions est la concurrence de fors. Cela signifie qu'outre les juges de son propre État, il existe d'autres juges éventuellement compétents pour trancher le même litige. Le caractère exclusif donné aux fors pour certaines matières apparaît ainsi comme exceptionnel.

Par ailleurs, la compétence est fondée, dans une grande mesure, sur la proximité entre le for envisagé et la situation réglementée. L'indice de proximité retenu comme évident est le domicile du défendeur. Selon D. P. Fernández Arroyo, ce chef de compétence reste *« le paradigme du for raisonnable »*, dans la mesure où le domicile constitue un élément objectif qui sert à identifier le lieu où une personne peut être trouvée lui permettant d'exercer ses droits de la défense – sans, pourtant, écarter la concurrence d'autres fors raisonnables qui présentent aussi un rattachement important avec le litige. Les fors exclusifs de l'article 24 RBI *bis* dérogent, alors, au principe *actor sequitur forum rei*, qui semble être le pivot du système de règles de compétence organisé par le droit de l'Union européenne.

Le principe de l'interdiction du contrôle de la compétence du juge d'origine. Du point de vue de l'instance indirecte, le caractère exclusif des compétences constitue une exception au principe de l'interdiction du contrôle de la compétence du juge d'origine dans l'espace judiciaire européen.

Ce principe essentiel constitue la pierre angulaire du système de libre circulation des décisions entre États membres mis en place par le droit européen. Les règles de compétence de l'article 24 RBI *bis* apparaissent ainsi singulières, puisque leur méconnaissance peut justifier un refus de reconnaissance ou d'exécution des jugements rendus par les tribunaux d'autres États membres que ceux désignés par cette disposition.

[113] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI, 2006, vol. 323.

2. <u>Les compétences exclusives en raison de la matière prévues par des conventions internationales</u>

60. ***L'avant-projet de Convention de La Haye sur la compétence internationale des tribunaux et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale***. En 1992, la Conférence de La Haye de droit international privé a commencé à travailler sur la négociation d'une convention mondiale portant sur deux aspects du droit international privé en matière civile et commerciale, à savoir la compétence internationale des tribunaux et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Même si des progrès ont été accomplis et un avant-projet de Convention, ainsi qu'un texte provisoire, ont été rédigés en 1999[114] et 2001[115], la tentative d'adoption d'une telle convention a finalement échoué en raison de l'absence de consensus des États parties dans un grand nombre de domaines.

Malgré l'échec de ce projet, il serait intéressant d'étudier l'approche retenue par l'avant-projet de Convention à propos des règles de compétence exclusive. L'article 12 du texte prévoit une série de compétences exclusives, qui – à l'instar de celles prévues en droit européen – entraînent des conséquences tant dans l'instance directe que dans l'instance indirecte. En effet, ces règles s'appliquent indépendamment de la résidence habituelle des parties, ne peuvent être écartées par des clauses attributives de juridiction et ne permettent aucune litispendance et aucun refus d'exercer la compétence[116]. Le juge saisi en méconnaissance de ces compétences doit se déclarer d'office incompétent et les États contractants doivent refuser la reconnaissance et l'exécution du jugement rendu par un tribunal en violation des compétences exclusives.

---

[114] L'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999 est disponible en ligne à l'adresse suivante https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf.

[115] Le texte provisoire sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale de la Conférence diplomatique préparé en juin 2001 est disponible en ligne à l'adresse suivante https://assets.hcch.net/docs/3e9441e5-7978-4b57-bee2-4c14d29f36f8.pdf.

[116] V. Rapport NYGH/POCAR sur l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999 dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, p. 65 et s., disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf. Il convient de souligner que l'avant-projet de Convention de La Haye – à la différence des Conventions de Bruxelles et de Lugano – adoptait une approche plus souple, vu qu'« *il n'était pas destiné à un groupe d'États frontaliers, partageant les mêmes objectifs sociaux, politiques et économiques. Il est destiné à faire naître une convention à vocation mondiale. Cette souplesse est illustrée (…) par l'insertion de la règle de l'article 22, relative au refus d'exercer la compétence* » (Rapport NYGH/POCAR, *op. cit.* p. 30).

Les cas de compétence exclusive établis à l'article 12 concernent les mêmes matières que celles visées aux instruments européens, c'est-à-dire la matière immobilière[117] et de baux d'immeubles[118], la validité des personnes morales[119] et des décisions prises par leurs organes, la validité des inscriptions sur les registres publics, ainsi que la matière de propriété intellectuelle[120]. Il convient, toutefois, de remarquer que – contrairement au RBI *bis* et à la Convention de Lugano – l'avant-projet de Convention de La Haye ne prévoit pas une compétence exclusive en matière d'exécution des décisions au profit des tribunaux du lieu d'exécution. Selon les négociateurs, cette compétence est superflue et évidente ; il n'est pas, alors, nécessaire de la prévoir. Il semble évident qu'en matière d'exécution des jugements, le tribunal du lieu d'exécution a une compétence exclusive pour assurer la mise en œuvre matérielle des mesures concrètes avec parfois l'aide de la force publique afin de garantir l'exécution de la décision, lorsque celle-ci n'est pas volontaire par la partie condamnée[121].

Quant à la portée des compétences exclusives, l'article 12 la limite aux cas où le juge est saisi de la question visée dans cette disposition à titre principal. Nous allons examiner ultérieurement cette question[122].

61. ***La Convention de La Haye sur les accords d'élection de for***. Après l'échec de l'adoption d'une convention internationale sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, la Conférence de La Haye a décidé de se concentrer sur les

---

[117] La compétence exclusive prévue en matière immobilière concernait les actions portant sur des droits réels immobiliers interprétées de façon stricte, comme visant uniquement les actions qui portent sur la propriété, la possession ou un droit réel sur l'immeuble, à l'exception des actions qui, tout en concernant un immeuble, n'ont pas pour objet un droit réel (*in rem*) sur ce dernier.

[118] Nous allons voir plus tard l'exception introduite en matière de baux d'immeubles, v. *infra*, n° 204.

[119] La compétence exclusive prévue en matière de validité des personnes morales avait une portée plus restreinte par rapport à celle établie en droit européen, étant donné qu'elle visait seulement les personnes morales. Les sociétés et associations non enregistrées dépourvues de personnalité juridique étaient exclues de son domaine.

[120] L'opportunité d'une compétence exclusive pour les actions relatives à la validité des droits de propriété intellectuelle n'a pas été contestée. Pourtant, l'utilité d'une telle compétence a été discutée en matière d'actions portant sur la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle. Il n'y a pas eu de consensus à propos de cette question.

[121] V. C. KESSEDJIAN, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. N° 7 d'avril 1997), n° 91 : *« l'exécution des jugements nécessitant, lorsqu'elle n'est pas volontaire par la partie condamnée, des mesures concrètes avec parfois l'aide de la force publique, on donnera compétence exclusive au tribunal du lieu où les mesures doivent être mises en œuvre matériellement, c'est-à-dire où, concrètement, le jugement doit être exécuté »*, le document est disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/a41b52c3-20f0-4478-9532-14240382d145.pdf ; v. aussi C. KESSEDJIAN, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. N° 8 de novembre 1997), n° 45, le document est disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/934d6b0c-58e9-467a-9f1d-66cf96808824.pdf

[122] V. *infra*, n° 317 et s..

affaires internationales impliquant un accord d'élection de for. Cela a conduit à la conclusion de la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for[123].

Cette convention ne prévoit pas directement des règles de compétence exclusive, mais il n'est pas sans intérêt de noter que selon son article 2 certaines matières sont exclues de son champ d'application et notamment, les droits réels immobiliers, les baux d'immeubles, la validité des sociétés et des droits de propriété intellectuelle ainsi que la validité des inscriptions sur des registres publics. L'exclusion de ces matières s'explique par le fait qu'elles font souvent l'objet d'une compétence exclusive qui ne peut être évincée par un accord d'élection de for. Toutefois, nous observerons[124] que la Convention s'applique, lorsque la matière exclue est débattue à titre incident.

62. ***La Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale***. En 2011, la Conférence de La Haye a décidé que des nouveaux travaux étaient souhaitables afin d'élaborer un instrument international visant à favoriser la circulation mondiale des jugements. Ses travaux ont abouti à la conclusion de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale le 2 juillet 2019 (Convention Jugements).

Il est vrai que la Convention Jugements n'est pas encore entrée en vigueur. Elle est signée, à l'heure actuelle, seulement par trois États, l'Israël, l'Ukraine et l'Uruguay, mais l'Union européenne vise aussi à entamer un processus d'approbation de la Convention. Dans ces conditions, il convient de remarquer qu'à l'instar de la Convention sur les accords d'élection de for, la Convention Jugements exclut à son article 2 §1 certaines matières de son champ d'application et surtout, la validité des sociétés ou des décisions prises par leurs organes, la validité des inscriptions sur les registres publics et la propriété intellectuelle. La circulation des jugements portant sur ces matières est régie par le droit national ou d'autres instruments bilatéraux ou multilatéraux conclus par les États.

[123] La Convention de la Haye du 30 juin 2005 est disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/70dc7daa-05ad-407b-a159-64ef70ec2a0c.pdf V. aussi G. CUNIBERTI, *Le fondement de l'effet des jugements étrangers*, RCADI, vol. 394, 2018, p. 180, n° 136 et s..
[124] V. *infra*, n° 320.

63. La justification de l'exclusion de ces matières du domaine d'application de la Convention tient au fait qu'il s'agit des questions *« particulièrement sensibles pour de nombreux États et qu'il serait difficile de trouver un accord général sur le traitement que la Convention devrait leur réserver »*[125]. Ces matières sont souvent soumises à la compétence exclusive de l'État dont la loi s'applique et il a été jugé préférable de les exclure du champ d'application de la Convention, puisque les décisions rendues dans ces matières ne sont pas habituellement reconnues et exécutées dans d'autres États.

64. Pourtant, contrairement à la Convention sur les accords d'élection de for, la Convention Jugements n'exclut pas de son champ d'application la matière immobilière et prévoit à son article 6 un chef indirect de compétence exclusive pour les jugements portant sur les droits réels immobiliers. Selon cette disposition, un tel jugement ne peut circuler en vertu de la Convention que s'il a été rendu par les tribunaux de l'État où se situe le bien immobilier.

Dans le cas contraire, il ne peut être reconnu ou exécuté ni en vertu de la Convention ni en vertu du droit national. L'existence de ce fondement exclusif de reconnaissance s'explique par le fait que de nombreux systèmes juridiques attribuent une compétence exclusive en la matière aux juridictions de l'État du *situs*[126]. L'article 5 §3 établit aussi un chef indirect de compétence exclusive pour les baux d'habitation, c'est-à-dire le jugement portant sur un bail d'habitation est susceptible d'être reconnu et exécuté uniquement s'il a été rendu par un tribunal de l'État où est situé l'immeuble – sans, toutefois, exclure la reconnaissance ou l'exécution d'un tel jugement rendu par un autre État en vertu du droit national.

65. Il est important d'observer que le projet de Convention de 2018[127] prévoyait à son article 6 un fondement exclusif pour la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur la validité des droits de propriété intellectuelle, étant donné que l'État d'enregistrement a souvent une compétence exclusive sur cette question. Cependant, cette règle n'a pas été reprise par la Convention finalement conclue en 2019. Nous examinerons plus tard la possibilité que

[125] Rapport explicatif de F. - J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, à propos du projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, p. 10, n° 37, le rapport est disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/5e717379-f063-4f25-b635-dd1ba9191d0a.pdf
[126] V. sur ce point le rapport explicatif de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 53, n° 233.
[127] Le projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale de mai 2018 est disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/57415bc8-9c6c-43aa-af94-1e16e38550b1.pdf.

le texte offre au juge d'origine de connaître des questions incidentes, qui intéressent soit une matière exclue du champ d'application de la Convention soit la matière immobilière[128].

Il ressort de cette présentation des compétences exclusives en droit national et international que ce type de compétences est généralement prévu dans les mêmes domaines, à savoir la matière immobilière, la validité des sociétés et des décisions prises par leurs organes, la validité des inscriptions sur les registres publics ainsi que l'inscription et la validité des droits de la propriété intellectuelle.

Après avoir analysé la notion de compétence exclusive en droit international privé et identifié les fors exclusifs en raison de la matière en droit national et en droit international, nous allons, maintenant, étudier les arguments avancés afin de justifier ces règles de compétence.

§2 La justification des règles de compétence exclusive

66. La nécessité de l'existence des fors exclusifs est fondée sur deux types d'arguments : le principe de souveraineté (I) et l'intervention des considérations privatistes de commodité procédurale (II).

I. Le principe de souveraineté

67. Il est intéressant d'étudier, dans un premier temps, le principe de souveraineté en tant que fondement de compétence internationale des juridictions (A) avant de voir la façon dont est manifestée la souveraineté de l'État selon les cas de compétence exclusive (B).

A. Le principe de souveraineté en tant que fondement de compétence internationale des juridictions

68. ***Le principe de souveraineté***. Les règles de compétence exclusive sont généralement présentées comme étant fondées sur le « principe de souveraineté », c'est-à-dire sur l'implication des forts intérêts étatiques dans les matières visées. L'utilisation des termes

[128] V. *infra*, n° 327 et s..

« souveraineté » ou « intérêts étatiques »[129] renvoie à une conception publiciste de la compétence internationale des juridictions, conception aujourd'hui majoritairement abandonnée.

Ch. Pamboukis a défini, dans sa thèse, le principe de souveraineté comme *« le pouvoir d'un ordre juridique de faire valoir sa propre conception de réglementation d'une situation présentant des liens pertinents d'extranéité, indépendamment de toute considération d'un ordre juridique étranger »*[130]. P. Lagarde se réfère aussi à la notion de souveraineté pour caractériser l'un des fondements possibles des règles de conflit par opposition aux autres fondements, c'est-à-dire le principe de proximité, le principe de faveur et l'autonomie de la volonté[131]. Malgré le recul de la conception publiciste de la compétence internationale des juridictions – l'idée selon laquelle les règles de compétence internationale des juridictions délimitent la souveraineté des États est abandonnée – il est admis que les litiges privés internationaux puissent mettre en cause l'intérêt général, voire la souveraineté d'un État.

69. Selon L. Usunier[132], il faut distinguer entre les cas dans lesquels la souveraineté de l'État du for est directement mise en cause par la solution du problème de compétence internationale – dans cette hypothèse, le simple fait qu'un juge étranger se déclare compétent suffit à porter atteinte à la souveraineté de l'État du for – et ceux dans lesquels l'implication de l'État du for tient seulement du fait que sa loi est rendue applicable par une règle de conflit elle-même protectrice de la souveraineté.

Relèvent de la première catégorie les compétences exclusives qui existent en matière d'exécution forcée, d'inscription et de validité des brevets ou de registres publics. Ces compétences sont traditionnellement rattachées au principe de souveraineté, parce que les matières visées mettent en cause le fonctionnement des services publics. Certains soulignent

[129] Il convient de noter que l'utilisation de la souveraineté semble préférable à la notion d'intérêt de l'État. Cette dernière peut être prise dans un sens large, et justifier toute règle de conflit, elle peut aussi être prise dans un sens étroit et ne regrouper que les hypothèses d'intervention directe de l'État dans le règlement du conflit de lois. Le recours au terme de souveraineté permet de rendre compte du caractère exceptionnel et dérogatoire de cette implication de l'État (E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridiction, (Étude de droit international privé), op. cit.*, p. 33).

[130] Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 219, 1993.

[131] P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé*, RCADI, 1986, vol. 196, p. 32 s.

[132] L. USUNIER, *La régulation…op. cit.*, p. 270 et s.

même que le rattachement du litige aux juridictions de l'État du for n'est plus seulement une question de compétence internationale, mais de pouvoir de juridiction[133].

Quant à la seconde catégorie, elle concerne les situations dans lesquelles le principe de souveraineté influence la compétence internationale des juridictions, sans que les juges des autres États ne soient, pourtant, privés de tout pouvoir de juridiction. Il s'agit de cas dans lesquels l'application de la loi du for est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général poursuivi par l'État du for.

Ainsi, la compétence du juge de l'État dont les intérêts sont en cause ne protège pas la souveraineté de cet État *stricto sensu*, mais assure la réalisation de l'objectif d'intérêt général qu'il poursuit en garantissant l'application effective de sa loi ; c'est notamment le cas de la compétence exclusive prévue en matière immobilière[134]. Les chefs de compétence internationale fondés sur le principe de souveraineté, garantissent, alors, l'applicabilité de la règle de conflit protectrice des intérêts de l'État du for ou de la loi de police du for.

70. Certains auteurs préfèrent s'en tenir à l'idée d'une proximité particulièrement intense entre le juge désigné et le litige, afin de justifier l'existence des compétences exclusives. Néanmoins, une proximité considérable entre une relation juridique et un État ne justifie que la compétence concurrente des tribunaux de celui-ci. La consécration des fors exclusifs doit résulter de l'identification d'un intérêt vraiment important qui l'exige. Seule la mise en cause des intérêts étatiques fondamentaux permettrait de justifier ces compétences.

Le principe de souveraineté se manifeste de façon différente selon les cas de compétence exclusive.

---

[133] Selon Ph. Théry, il existe un principe d'abstention qui interdirait à l'ordre juridictionnel français de se faire juge des actes de l'État étranger qui traduisent l'exercice de ses prérogatives de souverain **(**Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981, n° 174, p. 162 et s.). Les compétences exclusives de l'article 24 RBI *bis* en matière de registres publics, de brevets et d'exécution des décisions constituent plutôt des pouvoirs de juridiction strictement territoriaux que de simples compétences. Leur violation ne devrait pas être sanctionnée par une exception de procédure soulevée *in limine litis*, mais par une fin de non-recevoir susceptible d'être relevée en tout état de cause (L. USUNIER, *La régulation…, op. cit*., n° 52).

[134] V. *infra*, n° 90-93. La compétence exclusive en matière immobilière semble à la lisière des chefs de compétence visant à assurer l'application de la loi du for et des chefs de compétence directement nécessaires au respect de la souveraineté de l'État du for.

B. La manifestation de la souveraineté de l'État selon les cas de compétence exclusive

71. ***L'idée de souveraineté territoriale en matière immobilière***. L'intérêt de l'État se manifeste de manière variée selon les hypothèses. Concrètement, le for exclusif édicté en matière immobilière repose sur l'idée selon laquelle l'immeuble constitue une fraction du territoire sur lequel s'exerce la souveraineté étatique. La prépondérance de l'ordre juridique sur les immeubles situés sur son territoire est rattachée à l'idée *« politique ou publiciste, qui fait référence à l'idée de souveraineté territoriale s'exerçant sur le sol national »*[135]. En outre, on justifie souvent la compétence exclusive du juge du lieu de situation de l'immeuble en invoquant l'intervention systématique des autorités de l'État du lieu de situation dans l'exécution des décisions relatives au statut des biens immobiliers.

Nous verrons, cependant, par la suite que cet argument tiré de la souveraineté territoriale ne permet pas de justifier pleinement la compétence exclusive ; c'est surtout la volonté de faire concorder compétence législative et compétence juridictionnelle qui apparaît comme la principale justification de la compétence du juge du lieu de situation de l'immeuble.

72. ***Le monopole territorial de la contrainte***. S'agissant de la compétence exclusive prévue en matière d'exécution des décisions, elle *« découle de la prohibition érigée par le droit international public à l'égard des mesures de contrainte matérielle qu'un État prétendrait diligenter sur le territoire d'un État étranger »*[136]. Il faut voir, ici, le principe relatif à la compétence opérationnelle de contrainte matérielle bien établi en droit international public, selon lequel chaque État a compétence exclusive pour accomplir sur son territoire des actes de puissance publique et il est corrélativement privé de tout pouvoir d'agir sur le territoire d'un État tiers, sauf permission de ce dernier[137].

---

[135] B. ANCEL, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 316.
[136] L. USUNIER, *Compétence judiciaire…op. cit.*, p. 5.
[137] G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, 2000, n° 19 ; L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, n° 163. V. aussi G. CUNIBERTI, *Le fondement de l'effet des jugements étrangers*, RCADI, vol. 394, 2018, n° 115 et s., l'auteur souligne que *« les solutions retenues dans la tradition juridique de common law sont toutefois plus nuancées. (…) En droit international privé commun anglais, l'exécution des jugements étrangers prend la forme procédurale d'une action au fond. En conséquence, elle n'est possible que si le juge anglais a compétence au fond. Toutefois, en Angleterre comme dans de nombreux États du commonwealth, le législateur est intervenu pour spécifier que l'existence d'un jugement étranger ou d'une sentence arbitrale est un chef de compétence autonome justifiant la compétence du juge du lieu d'exécution. [Le demandeur doit aussi démontrer] que l'Angleterre est clairement et distinctement le for approprié pour trancher le litige, c'est-à-dire le forum conveniens. Toutefois, la jurisprudence anglaise a, en pratique, rendu cette deuxième condition inopérante dans ce contexte en jugeant que le litige pour lequel le forum conveniens devrait être identifié n'était pas l'exécution du jugement en général, mais plus*

Il s'agit de l'une des rares limites que le droit international public apporte à la compétence des États en droit international privé. Cette règle de compétence se rattache au monopole territorial de la contrainte et à la compétence réservée en matière de fonctionnement de la force publique. La souveraineté de l'État sur son propre territoire, notamment pour y effectuer des actes matériels de contrainte, a été rappelée par la Cour internationale de justice dans son arrêt *Lotus*[138] et constitue le principe le moins contestable du droit international public.

73. La règle internationale de l'exclusivité territoriale de la compétence coercitive peut également trouver son fondement dans le droit public interne. Ainsi que le précise L. d'Avout, le monopole de la contrainte provient essentiellement des principes fondateurs de l'État territorial moderne entre les mains duquel est centralisé le « monopole de la violence légitime ». Cette centralisation dans les mains de l'État de l'action violence licite s'impose nécessairement pour la conservation de l'ordre social et juridique institutionnellement établi. Les voies d'exécution constituent un service public en principe nécessaire pour le maintien du bon ordre interne[139]. La conséquence pratique, au regard du droit international privé, en est de fonder la compétence exclusive des tribunaux de l'État territorial pour y pratiquer des mesures d'exécution forcée.

74. Concernant la compétence exclusive en matière d'exécution des décisions, *« on peut s'interroger sur le lien qui est fait par exemple entre, d'une part, l'interdiction de perturber l'autorité d'un État sur son territoire en usurpant le pouvoir de ses services publics et, d'autre part, la compétence du juge d'un autre État pour ordonner des mesures d'exécution chez ce dernier »*[140].

---

spécifiquement son exécution en Angleterre (v. Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu c. Demirel, (2007) 1 W. L. R. 2508) ».

[138] CPJI, 7 septembre 1927, *Lotus*. Selon l'arrêt *Lotus*, *« le droit international régit les rapports entre États indépendants. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument pas. Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État »*.

[139] L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens, op. cit.*, n° 164. E. Guinchard a même affirmé que le principe de territorialité des voies d'exécution relève, non prioritairement du droit international public, mais bien plus du droit constitutionnel, il serait en France constitutif d'un *« principe fondamental reconnu par les lois de la République »* (E. GUINCHARD, *La conception française de la territorialité de l'exécution en danger*, mémoire DEA Paris II, 1998, dir. H. Gaudemet-Tallon). Toutefois, comme le souligne L. d'Avout, il s'agit d'une analyse contestable, car elle aboutit sans fondement textuel à faire de ce principe de territorialité une nécessité juridique insurmontable.

[140] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, Economica, Paris 2016, n° 312, p. 207.

En droit français, les tenants de la compétence exclusive[141] pensent que la décision du juge portant sur la voie d'exécution *« porte en elle-même un imperium fort, le glaive de la justice. Ce pouvoir judiciaire ne saurait s'imposer au-delà des frontières de l'État qui l'a armé et, réciproquement, admettre dans son ressort celui d'un autre État »*[142]. Mais pour certains[143], il faut distinguer entre les aspects intellectuels et coercitifs d'une mesure d'exécution – entre l'autorisation judiciaire d'une part, et la surveillance du déroulement de l'exécution d'autre part – seuls les deuxièmes ne peuvent être traités que par les tribunaux du lieu d'exécution[144].

75. Il n'y aurait pas besoin d'interdire systématiquement au juge français d'intervenir pour une mesure à l'étranger et réciproquement[145], *« mais d'envisager la possibilité d'un filtrage, qui en appelle alors à l'exequatur de l'État concerné. Si l'exequatur devait être refusé, la mesure serait simplement privée d'efficacité »*[146]. Nous verrons, ultérieurement[147], qu'en droit européen le contentieux de l'autorisation des mesures conservatoires échappe à la compétence exclusive et que les jugements portant sur une demande d'autorisation de procéder à une telle mesure bénéficient même d'une circulation libre au sein de l'espace judiciaire européen sans besoin d'*exequatur*, qui a été supprimé par le RBI *bis*.

La règle attribuant compétence exclusive à l'État en matière d'exécution des décisions fonde aussi le principe de non-ingérence opérationnelle – un État ne peut envoyer ses oranges

---

[141] P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 1 ; Ph. THÉRY, « Voies d'exécution », *Rép. dr. int.*, n° 8 et s., R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3e éd., Dalloz 2013, n° 29 ; E. GUINCHARD, « Réflexions autour de l'accueil de l'injonction *Mareva* par la Cour de cassation française », *Int'l Lis* 2005, 41.

[142] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, *op. cit.*, n° 312, p. 207.

[143] G. CUNIBERTI, C. NORMAND et F. CORNETTE, *Droit international de l'exécution*, LGDJ, 2010, n° 4 et s. ; S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse Paris I, 2001 et *Droit international privé*, 5e éd., Dalloz 2018, n° 35 et s. ; G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ 2000 ; M. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen*, Bruylant 2012 et M. NIOCHE, « Décision provisoire et autorité de chose jugée », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 277.

[144] V. HUET, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 581-21, n° 31 et s. ; G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, spéc. p. 24 s. V. *contra* R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n° 32 ; P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, spéc., n° 55 et 64.

[145] Autorisant une mesure conservatoire devant trouver effet à l'étranger, CA Rouen 24 mars 2009, *JDI* 2010, p. 864. Il faut aussi mentionner la reconnaissance en France d'injonctions *Mareva* anglaise qui ont une vocation conservatoire sur les biens, Civ. 1ère, 30 juin 2004, *Stolzenberg*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2005, p. 112, note G. CUNIBERTI ; *D.* 2004, p. 2743, note N. BOUCHE.

[146] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, *op. cit.*, n° 312, p. 207.

[147] V. *infra*, n° 135 et n° 155.

exécutifs sur un territoire étranger pour y opérer un acte de contrainte matérielle – ainsi que le principe de non-ingérence institutionnelle, interdisant aux États étrangers d'exercer sur les organes étatiques tiers un pouvoir de commandement ou de contrôle visant à influer sur l'activité matérielle[148].

76. ***Le fonctionnement des services publics***. Les fors exclusifs consacrés en matière de sociétés, de validité des inscriptions sur les registres publics, de validité ou d'inscription des titres de propriété intellectuelle (brevets, marques, dessins, modèles), ont trait au fonctionnement d'un service public de l'État en cause. Ces règles sont déduites de la compétence exclusive que le droit international public reconnaît aux États pour s'auto-organiser, compétence qui implique qu'ils puissent décider souverainement de l'institution de ses organes et des missions qu'il entend leur conférer. Dans les trois cas, c'est le fonctionnement des registres publics qui est en cause, qu'il s'agisse de statuer sur la validité d'une inscription ou d'ordonner une inscription ou une radiation sur ces registres[149].

77. Concrètement, la règle de compétence exclusive prévue en matière de sociétés vise le contentieux qui porte sur les aspects organiques des sociétés et des personnes morales, c'est-à-dire les contestations relatives à leur validité, nullité ou dissolution ainsi qu'à la régularité des décisions prises par leurs organes. Dès lors, on peut considérer que les litiges visés touchent au fonctionnement des services publics de l'État du for, puisque la création d'une société dans un État va donner lieu à son immatriculation sur un registre national. Il paraît, ainsi, raisonnable qu'une autorité juridictionnelle n'ait aucun pouvoir pour se prononcer sur la validité d'une société dont la personnalité morale résulte de l'immatriculation sur un registre public étranger. Cependant, cette explication se comprend beaucoup moins à propos de la question relative à la validité des décisions adoptées par les organes des sociétés[150].

---

[148] L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens, op. cit.*, n° 167. Cette règle justifie l'incompétence des tribunaux français pour apprécier de la régularité d'une saisie pratiquée à l'étranger, Civ. 12 mai 1931 *Compagnie française de navigation Cyprien Fabre, op. cit.*. En droit américain, il y a aussi la théorie de l'*Act of State*, qui s'est développée à l'occasion de contentieux internationaux privés impliquant l'appréciation incidente d'un acte de puissance publique étrangère, principalement d'un acte de saisie ou d'expropriation. Les juges américains au nom de cette doctrine refusent d'apprécier la validité de ces actes, au motif qu'il s'agirait d'un acte souverain étranger.

[149] Un tribunal français ne peut ordonner l'inscription d'une mention sur un registre d'état civil étranger, même s'il a statué au fond sur l'évènement justifiant cette inscription.

[150] V. *infra*, n° 152.

La même argumentation est avancée afin de justifier la compétence exclusive en matière de validité des inscriptions sur les registres publics et en matière d'inscription ou de validité des droits intellectuels, dans la mesure où les titres de propriété intellectuelle donnent lieu à un dépôt ou à un enregistrement auprès d'un État.

Comme le précisent D. Bureau et H. Muir Watt, *« une autorité juridictionnelle n'a aucun pouvoir pour annuler une société dont la personnalité morale résulte de l'immatriculation dans un autre État, ni pour rayer une inscription d'un registre public étranger. La partie privée qui conteste la validité d'une inscription se trouve dans une relation verticale avec l'autorité publique, dont l'acte contesté est un acte de souveraineté »*[151] [152]. Il en ressort, alors, que si les tribunaux de l'État, dont le service public est en cause, sont compétents, c'est aussi parce que c'est nécessairement dans cet État où fonctionne le service public que le jugement à intervenir produira ses effets.

78. Il convient d'ajouter que l'argument tenant au fonctionnement des services publics est également invoqué afin d'expliquer la compétence exclusive en matière immobilière, puisque dans cette matière il existe le service de la publicité foncière, qui a pour mission l'enregistrement des actes concernant la propriété immobilière se trouvant sur le territoire national. La même justification est aussi soulevée en matière d'exécution des décisions, dans la mesure où les procédures d'exécution impliquent l'intervention d'organes spécialisés. Mais, un organe étatique ne peut fonctionner que selon les procédures fixées par l'État qui l'a institué ; ainsi, seul un organe du même État pourrait lui ordonner d'effectuer une mesure d'exécution[153].

Au-delà du principe de souveraineté, s'ajoute une série de considérations pratiques qui sont également invoquées et prétendent conforter la justification de l'exclusivité de la compétence juridictionnelle.

---

[151] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Puf, tome 1, n° 73, p. 99.

[152] Il est intéressant de noter que selon le rapport Jenard sur la Convention de Bruxelles, *« l'octroi d'un brevet national découle de la souveraineté nationale »* (Rapport Jenard, *op. cit*, p. 35).

[153] P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 1. L'huissier de justice étant un organe étatique français ne peut pratiquer une mesure conservatoire sur la base d'une autorisation étrangère. À l'inverse, un juge français ne pourrait autoriser une saisie si celle-ci devait être instrumentée par un organe étranger, puisque dans ce cas-là le juge français interviendrait alors dans le fonctionnement dudit organe (v. aussi G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, 2000, n° 21).

II. Les considérations privatistes de commodité procédurale

79. ***La centralisation du contentieux***. Parmi ces considérations, on peut évoquer la centralisation du contentieux devant une seule juridiction afin d'éviter le risque des décisions contradictoires ainsi que la coïncidence entre le lieu du litige et le lieu supposé de l'exécution des décisions.

Quant à la compétence exclusive en matière de sociétés prévue en droit européen (article 24 §2 RBI *bis*), le rapport Jenard mentionne que *« dans l'intérêt de la sécurité juridique, il importe d'éviter que soient rendues des décisions contradictoires en ce qui concerne l'existence des sociétés et la validité des délibérations de leurs organes. Pour cette raison, la centralisation de la procédure devant les juridictions de l'État sur le territoire duquel se trouve le siège est, sans aucun doute, la plus indiquée. En effet, c'est dans cet État qu'ont lieu les formalités de publicité de la société. En outre, la règle adoptée aboutira le plus souvent à l'application de l'adage traditionnel actor sequitur forum rei »*[154].

La CJUE, dans son arrêt *Hassett et Doherty*[155], a expliqué que l'article 24 §2 RBI *bis* poursuit l'objectif d'une bonne administration de la justice prévoyant la compétence exclusive des juridictions de l'État membre du siège de la société, sur le territoire duquel les formalités de publicité de cette dernière auront lieu. B. Ancel remarque dans son commentaire[156] sur l'arrêt que *« la portée erga omnes des statuts et de l'acquisition de la personnalité morale et des délibérations des organes sociaux, constitue le facteur déterminant d'une localisation utile et efficace du procès effectuée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice »*.

80. ***La proximité du juge***. Il faut également mentionner la proximité du juge pour réaliser certaines diligences procédurales, comme des vérifications, des enquêtes ou des expertises. Ainsi que le souligne le rapport Jenard à propos de la règle de compétence exclusive en matière immobilière, cette règle répond à l'intérêt de la bonne administration de la justice, puisque les contestations relatives aux droits réels immobiliers et aux baux d'immeubles *« entraînent fréquemment des vérifications, des enquêtes, des expertises qui devront être faites sur place.*

[154] Rapport Jenard, *op. cit.*, p. 35.
[155] CJCE 2 oct. 2008, *Nicole Hassett contre South Eastern Health Board et Cheryl Doherty contre North Western Health Board*, aff. C-327/07, *Europe* 2008, comm. 432, obs. L. IDOT ; *RTD com*. 2008, p. 896, obs. A. MARMISSE-D'ABADIE D'ARRAST ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 71, note B. ANCEL ; *D.* 2009, p. 2384, obs. L. D'AVOUT.
[156] B. ANCEL, *« De la compétence juridictionnelle en cas de litige sur la validité des décisions des organes d'une société »*, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 71.

De plus, la matière est souvent soumise, en partie, aux usages qui ne sont généralement connus que des juridictions du lieu de la situation de l'immeuble ou, tout au moins, du pays où l'immeuble est situé. Finalement, le système retenu tient compte également de la nécessité d'opérer des transcriptions sur les registres fonciers qui existent au lieu de la situation de l'immeuble »[157].

81. ***La coïncidence entre le forum et le jus***. Enfin, les matières visées par les compétences exclusives ont été choisies en raison du lien particulièrement étroit qui unit le fond du litige à un territoire déterminé, parce que des règles d'ordre public, voire des lois de police, régissent souvent ces matières[158]. Est alors avancé l'argument tenant à la coïncidence nécessaire entre le *forum* et le *jus* afin de justifier les fors exclusifs. Autrement dit, l'impérativité du droit applicable au fond est de nature à exercer une incidence importante sur le caractère exclusif de la compétence juridictionnelle. Cette impérativité est, notamment, liée à l'existence de lois de police au fond, dont l'État du for refuse de confier la mise en œuvre à des juridictions autres que les siennes.

La loi de l'État dont les tribunaux sont exclusivement compétents sera, en effet, normalement applicable, à titre de *lex causae*, à titre de loi de police ou même à titre de loi dite de droit public[159], puisque dans les matières visées il y a intervention d'un service public ou d'une autorité du for dans la mise en œuvre de la loi. Par exemple, en matière immobilière il existe des lois de police, liées notamment à la publicité foncière et au souci de protéger le

---

[157] Rapport Jenard, *op. cit.*. Dans le même sens v. Rapport NYGH/POCAR sur l'avant-projet de Convention de La Haye portant sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, *op. cit*., p. 66.

[158] J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, « Convention de Bruxelles, conventions de Lugano et Règlements (CE) n° 44/2001 et (UE) n° 1215/2012. – Compétence – Compétences exclusives – Compétences en raison de la matière : contrats d'assurance et contrats conclus par les consommateurs », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 3010, 9 avril 2019, n° 8.

[159] Sur la réglementation applicable en matière réelle immobilière, v. Bérengère ARCHINARD-GREIL, *Lois de police et conflits de juridictions. (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant)*, thèse soutenue sous la direction de Louis D'Avout, Université Jean Moulin (Lyon 3), 4 juillet 2017, n° 236 et s. L'auteure explique que les règles applicables en matière du statut réel prennent la forme de règles internes de droit public, visant à assurer le respect de l'intérêt général et la conciliation des intérêts privés et sociaux. *« Le droit des biens, mettant en cause la répartition objective des richesses sur le territoire et visant à assurer la conciliation des intérêts privés et publics éventuellement concurrents, semble en effet, par principe mettre en cause l'intérêt général et l'ordre public local »*. La loi interne a pour objectif de garantir *« la promotion d'une certaine conception collective de la justice sociale »* et s'impose ainsi impérativement *« par opportunité »* à tous les immeubles situés sur le territoire (v. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, n° 365). V. aussi D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 1987, Masson, n° 1441, p. 619, selon lesquels *« les règles régissant le statut réel présentent souvent les caractères de lois d'application immédiate : elles comportent nécessairement de nombreuses règles de police, sinon même [un caractère] de droit public ».*

locataire au moyen d'une réglementation impérative, pour ce qui est de la matière des baux d'immeubles.

82. En effet, les baux d'immeuble font souvent l'objet d'une réglementation complexe et impérative, qui remplit des objectifs d'ordre public social – protéger le locataire contre les éventuels abus du propriétaire – des objectifs d'ordre public économique – promouvoir la construction de logements locatifs – et de sécurité et de salubrité publique – assurer la décence de l'habitat. Selon le rapport Jenard, « *les baux immobiliers sont généralement régis par des législations particulières et il est préférable que l'application de ces dispositions ne relève, notamment en raison de leur complexité, que des juges du pays où elles sont en vigueur* »[160]. De façon plus générale, l'application de la loi du lieu de situation de l'immeuble paraît si fermement acquise en droit international privé, elle peut se parer d'une telle ancienneté et d'une telle universalité que l'on a pu estimer que son origine se trouvait dans le droit international public.

Dans la même logique, la compétence exclusive dans le domaine du contentieux de l'exécution forcée s'explique aussi par le fait que la mise en œuvre de la mesure d'exécution met en cause un service public dont l'activité ne peut fonctionner que selon la loi qui l'institue. La même conception est sous-jacente au chef de compétence juridictionnelle exclusif retenu pour les litiges mettant en cause la validité des inscriptions portées sur les registres publics.

83. En outre, en matière sociétaire, l'existence et le fonctionnement de la société et de ses organes sont régis par le droit de l'État membre du siège et par conséquent le juge de cet État se révèle le plus compétent en la matière. C'est la *lex societatis,* qui a vocation à régir les modalités de constitution des sociétés, les conditions de leur validité, la nullité, ainsi que la dissolution des sociétés. Il lui appartient aussi de fixer la structure et le régime des organes sociaux. Comme le constate H. Synvet[161] – c'est *« la force d'attraction de la lex societatis qui explique probablement l'adoption de règles de compétence juridictionnelle propres à la matière ».* Le but, alors, poursuivi par la règle est de faire coïncider le droit applicable et la

[160] *Ibid*. Dans le même sens v. Rapport NYGH/POCAR sur l'avant-projet de Convention de La Haye portant sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, *op. cit.,* p. 67, *« le contrat de bail d'immeuble est souvent soumis à un régime spécial, de nature complexe, ayant parfois un caractère impératif, qui incite à confier exclusivement aux tribunaux de l'État dans lequel ces règles sont en vigueur la tâche de les appliquer ».*

[161] H. SYNVET, « Société », *Rép. Dalloz, dr. int*., août 2004, n° 96.

compétence juridictionnelle, car l'effectivité maximale de la *lex societatis* n'est assurée que devant les tribunaux de l'État qui a édicté cette loi.

Dans cette optique, la loi du siège de la société se présente comme une loi d'une impérativité particulière, qui est seule apte à régir le fonctionnement interne de la société et justifie la création d'une règle de compétence exclusive, permettant d'assurer son application. Selon H. Synvet *« l'effectivité du monopole de la lex societatis, qui se justifie par le souci d'assurer l'unité du statut interne de la société, suppose en effet que son application soit réservée aux tribunaux du pays du siège »*[162].

84. Les droits de propriété intellectuelle sont, par ailleurs, soumis au principe de territorialité, c'est-à-dire leur existence et les prérogatives dont jouissent les titulaires sont limitées au territoire de l'État qui les consent. Or, la territorialité a un impact sur le conflit de lois, puisque la teneur d'un droit de propriété intellectuelle ne peut être déterminée que par la loi de l'État qui l'octroie. La compétence exclusive établie dans cette matière permet, ainsi, d'assurer le parallélisme entre le *forum* et le *jus*.

85. Concernant cet argument tiré de la corrélation entre la loi applicable et le juge compétent, il n'est pas sans intérêt de noter que selon E. Pataut[163], c'est le recours à la notion de souveraineté qui explique le rapprochement entre compétence exclusive et loi applicable. L'auteur estime que *« la référence à la loi applicable s'explique parce que la règle de conflit sert ici de révélateur de l'étendue du principe de souveraineté ; de révélateur des situations sur lesquelles l'ordre juridique du for entend imposer son emprise. […] Cette démarche charge la règle de conflit d'une fonction supplémentaire, qui est de désigner les hypothèses dans lesquelles l'ordre juridique du for estime que son intérêt est si directement engagé qu'une compétence juridictionnelle concomitante s'impose »*.

---

[162] *Ibid*.

[163] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridiction, (Étude de droit international privé), op. cit.*, p. 247 et s. L. Usunier adopte également cette approche dans sa thèse : *« Les compétences sur la protection d'un intérêt étatique ont précisément pour fonction d'assurer l'applicabilité de la loi de l'État impliqué. Il revient exactement au même de dire d'un chef de compétence qu'il est fondé sur l'implication des intérêts de l'État du for ou qu'il est fondé sur une solidarité nécessaire entre la loi appliquée et la compétence juridictionnelle. Pourquoi cette solidarité serait-elle nécessaire, au demeurant, alors que le principe est celui de l'indépendance entre les deux catégories de règles, si ce n'est parce que la matière litigeuse soulève d'impérieuses considérations d'intérêt général ? »* (L. USUNIER, *La régulation…op. cit*. p. 277).

D. Holleaux[164] a également évoqué ce parallèle entre loi de police et compétence exclusive, en estimant que dans les deux cas il y a refus d'internationalisation d'une question de droit donnée en raison des considérations de souveraineté impliquées par ces questions. De plus, Ph. Francescakis a estimé qu'il y a affinité entre affirmation de l'exclusivité et lois d'application immédiate, étant donné que dans l'un et l'autre cas, *« il y va de la protection unilatéralement affirmée de l'ordre juridique du for »*[165].

86. Ainsi, dans cette logique, l'application des lois de police du for est susceptible de justifier l'édiction d'une règle de compétence exclusive au profit des juridictions du for, dans la mesure où l'une des caractéristiques de la mise en œuvre des règles indispensables à la réalisation d'une politique fondamentale de l'État du for – comme les lois de police – est de ne supporter qu'avec réticence la dissociation entre *forum* et *jus*.

Une fois que nous avons examiné la raison d'être des fors exclusifs, nous allons, à présent, poursuivre notre étude en nous intéressant aux spécificités propres à chacune des règles de compétence exclusive prévues en droit européen.

Section II : Les spécificités propres à chacune des règles de compétence exclusive prévues en droit européen

87. Dans cette section, nous examinerons l'article 24 RBI *bis* ainsi que la jurisprudence de la CJUE à propos de cette disposition. Il est important d'étudier les compétences exclusives prévues dans cet article, puisque son champ d'application est particulièrement étendu. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, l'article 24 s'applique sans considération du domicile du défendeur et, par conséquent, le droit national des États membres se trouve affecté.

Par ailleurs, les compétences exclusives établies par le droit national des États membres ne peuvent être prises en considération dans les relations intra-européennes, en raison de l'existence d'une liste exhaustive des compétences exclusives prévue à l'article 24. Il est, ainsi, essentiel d'examiner cette disposition, car elle uniformise les droits des États membres, en ce qui concerne le domaine où sont applicables des règles de compétence exclusive. Nous allons

[164] D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, op. cit*., p. 351 et s.
[165] Ph. FRANCESCAKIS, « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt Simitch de la Cour de cassation », *Rev. crit. DIP* 1985, p. 258.

constater que l'exclusivité en droit européen est prévue en matière de propriété (§1), en matière de personnes morales (§2) et en matière d'intervention d'autorités publiques (§3).

§1 L'exclusivité en matière de propriété

88. Il faut, ici, distinguer la compétence exclusive édictée en matière immobilière (I) et celle prévue en matière de propriété intellectuelle (II).

I. La compétence exclusive en matière immobilière

89. Il est pertinent d'examiner la raison pour laquelle a été édictée en droit européen la compétence exclusive en matière immobilière (A) avant de voir son champ d'application (B).

A. La raison d'être de la compétence exclusive en matière immobilière

90. ***L' « attraction » de la situation de l'immeuble sur la compétence internationale***. Le premier alinéa de l'article 24 §1 RBI *bis* énonce le principe de la compétence exclusive du *forum rei sitae* en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles[166]. Il s'agit d'une règle de compétence classique en droit international privé comparé, qui était aussi connue dans certains États membres fondateurs des Communautés européennes. En effet, dans les systèmes nationaux ou internationaux de droit international privé, nous observons une « attraction » de la situation de l'immeuble sur la compétence judiciaire internationale ainsi que sur la loi applicable.

[166] Cette règle de compétence exclusive s'applique même si l'immeuble litigieux est situé hors de la zone de contrôle effectif du gouvernement de l'État membre (CJCE, 28 avr. 2009, *Apostolides*, aff. C-420/07, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 377, note E. PATAUT ; *Europe* 2009, comm. 213, obs. V. MICHEL ; *Europe* 2009, comm. 262, obs. L. IDOT). Dans cette affaire, la Cour de justice a estimé que *« l'article 22 RBI ne fait que désigner l'État membre dont les juridictions sont compétentes ratione materiæ, sans cependant répartir les compétences au sein de l'État membre concerné. Il appartient à chaque État membre de déterminer sa propre organisation juridictionnelle. (…) Par conséquent, la règle du forum rei sitæ prévue à l'article 22 RBI concerne la compétence judiciaire internationale des États membres et non pas la compétence judiciaire interne de ceux-ci. (…) Dans l'affaire au principal, il est constant que l'immeuble est situé sur le territoire de la République de Chypre et que, partant, la règle de compétence prévue à l'article 22 RBI a été respectée. Le fait que l'immeuble se trouve dans la zone nord peut éventuellement avoir une incidence sur la compétence interne des juridictions chypriotes, mais il ne saurait avoir aucune incidence aux fins de ce règlement. (…) Le fait qu'une décision rendue par les juridictions d'un État membre concernant un immeuble sis dans une zone de cet État sur laquelle le gouvernement de celui-ci n'exerce pas un contrôle effectif ne peut pas, en pratique, être exécutée au lieu où se trouve l'immeuble ne constitue pas un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution au titre de l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001 »* (points 48-52 et 71 de l'arrêt).

La CJUE, dans son arrêt *Reichert I*, a souligné, à propos de la justification de la compétence exclusive en matière immobilière, que *« le motif essentiel de la compétence exclusive des tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé est la circonstance que le tribunal du lieu de situation est le mieux à même, compte tenu de la proximité, d'avoir une bonne connaissance des situations de fait et d'appliquer les règles et usages qui sont, en général, ceux de l'État de situation »*[167]. Toutefois, H. Batiffol et P. Lagarde[168] soulignent que la règle de compétence exclusive sur les immeubles est *« une manifestation nouvelle de la « puissance d'attraction » de la situation de l'immeuble qui, débordant le terrain des conflits de lois, où elle s'était conquis déjà une situation privilégiée, s'annexe celui des conflits de compétence judiciaire »*.

91. Dans le système européen, une des raisons, qui ont conduit à l'adoption de ce for exclusif, a été la constatation empirique de son existence dans les ordres juridiques nationaux. Pourtant, le caractère exclusif du for de la situation de l'immeuble n'était reconnu de façon expresse que dans les législations allemande et italienne. Selon le rapport Jenard, la généralisation dans les relations internationales des règles de compétence en vigueur en Allemagne et en Italie était nécessaire sinon *« les jugements rendus dans d'autres États par des juridictions dont la compétence aurait pu découler d'autres dispositions de la Convention de Bruxelles (le tribunal du domicile du défendeur, un for prorogé), n'auraient pu être ni reconnus, ni exécutés, ni en république fédérale d'Allemagne, ni en Italie. Un tel système eût été contraire à la « libre circulation des jugements » »*[169].

92. ***La coordination entre les différents ordres juridiques***. Comme on l'a mentionné précédemment, la compétence juridictionnelle en matière immobilière s'explique par une véritable revendication de compétence de la part du for, fondée sur le principe de souveraineté et conduisant à une liaison entre droit applicable et juge compétent. Il est, néanmoins, important de souligner que selon E. Pataut, la spécificité du rattachement en matière immobilière est de nature à conduire à une véritable coordination entre les différents ordres juridiques impliqués, pour que la prépondérance de l'ordre juridique de la situation de l'immeuble soit réellement respectée.

[167] CJUE 10 janvier 1990, *Reichert c. Dresdner Bank I*, aff. C-115/88, point 10.
[168] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, 1983, p. 492.
[169] Rapport Jenard, *op. cit.*, p. 34-35.

L'auteur constate que « *l'importance de la notion de compétence exclusive n'est pas dans la règle de compétence directe. La compétence exclusive ne fait que traduire l'existence d'une exigence d'uniformité de solutions, justifiée par l'implication d'une souveraineté étatique reconnue dont la revendication est acceptée par les autres ordres juridiques. Ce n'est que parce qu'une compétence prépondérante est revendiquée par un État que se justifie la coordination à laquelle permet de parvenir la solution des compétences exclusives* »[170].

93. Cette prépondérance en matière immobilière pourrait se traduire par *« la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, qui permet de prendre en compte la suprématie d'un ordre juridique particulier »*[171]. Cette analyse vaut pour l'ensemble des compétences exclusives de l'article 24 fondées sur la matière en cause, mais la spécificité des actions en matière immobilière est de couvrir un champ très large.

Après avoir identifié la raison d'être de l'article 24 §1 RBI *bis*, il convient, désormais, de s'interroger sur son champ d'application.

B. Le champ d'application de l'article 24 §1 RBI bis

94. ***La définition de la matière des « droits réels immobiliers »***. Par ailleurs, la question de la définition de la matière des droits réels immobiliers et des baux d'immeubles est assez délicate, dans la mesure où la délimitation de cette matière diverge d'un État membre à l'autre. Ainsi, la notion est définie de manière autonome par la CJUE. La matière des *« droits réels immobiliers »* couvre l'ensemble des actions fondées sur un droit réel immobilier, qu'il s'agisse d'un droit réel principal ou d'un droit réel accessoire.

Dans son arrêt *Reichert I*, la Cour de justice a précisé que sont visées les actions qui *« tendent à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immobilier ou*

---

[170] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridiction, (Étude de droit international privé, op. cit*., p. 268 et s.

[171] Cette méthode présentée par P. PICONE permet d'assurer le respect du principe d'harmonie internationale des solutions, entendu comme un mécanisme permettant la circulation concrète d'une décision entre les ordres juridiques avec lesquels elle présente des liens de rattachement. Il faut ainsi considérer le droit international privé comme un conflit entre ordres juridiques, et d'assurer la coordination entre ces différents ordres juridiques, en liant choix de la loi, compétence juridictionnelle et reconnaissance des jugements étrangers de sorte que la résolution d'un conflit mette en harmonie tous les ordres considérés. Une telle coordination sera faite à partir d'un for prépondérant, considéré comme ordre juridique compétent (P. PICONE, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI, 1986, t. 197).

l'existence d'autres droits réels sur ces biens et à assurer au titulaire de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre »[172]. En l'espèce, la Cour avait à statuer sur l'applicabilité de cette compétence exclusive à une action intentée par un créancier en vue de faire déclarer que lui était inopposable un acte de disposition d'un immeuble que ce créancier soutenait avoir été effectué par son débiteur en fraude de ses droits.

95. La Cour estime que les litiges impliquant un immeuble ne sont pas nécessairement soumis à la compétence exclusive, en particulier dans des litiges relatifs à une action paulienne, à la constatation de la qualité de *trustee* d'un immeuble, à l'indemnisation pour la jouissance d'un immeuble après l'annulation du transfert de propriété ou à l'action en résolution d'un contrat de vente portant sur un immeuble et en paiement de dommages et intérêts en raison de cette résolution[173].

Sont également exclues du champ d'application de l'article 24 §1 les demandes relatives aux troubles du voisinage[174]. L'article 24 §1 n'est non plus applicable à une procédure gracieuse engagée par un incapable, placé sous le régime de la curatelle, afin d'obtenir l'autorisation de vendre un bien immobilier lui appartenant, ni à une action diligentée par l'acquéreur d'un bien immeuble, visant le versement d'une somme perçue par le vendeur au titre du loyer payé par un tiers, alors que cet acquéreur n'en était pas encore légalement le propriétaire, selon la législation nationale applicable[175].

En revanche, relève de la matière réelle immobilière, une action visant à faire constater l'invalidité de l'exercice d'un droit de préemption qui grève un immeuble et qui produit des

---

[172] CJUE 10 janvier 1990, *Reichert c. Dresdner Bank I*, aff. C-115/88, *JDI* 1990. 503, obs. J.-M. BISCHOFF, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 151, note B. ANCEL. V. aussi CJUE, 11 nov. 2020, *Ellmes Property Services Limited*, aff. C-433/19, concl. M. Szpunar : selon cet arrêt l'action par laquelle un copropriétaire d'un immeuble tend à faire interdire à un autre copropriétaire de cet immeuble de modifier, arbitrairement et sans l'accord des autres copropriétaires, l'affectation de son bien en copropriété, telle que prévue par un contrat de copropriété, doit être regardée comme constituant une action « en matière de droits réels immobiliers », à condition que cette affectation soit opposable non seulement aux copropriétaires dudit immeuble, mais également à tous.

[173] Respectivement, CJCE 10 janvier 1990 *Reichert c. Dresdner Bank I* ; CJCE 17 mai 1994, *Webb c. Webb* aff. C-294/92, *Europe* 1994, n° 297, obs. L. IDOT, *JDI* 1995. 477, note J.-M. BISCHOFF, *Rev. crit. DIP* 1995. 123, note J.-P. BÉRAUDO ; CJCE 9 juin 1994, *Lieber c. Göbel*, aff. C-292/93, *Rev. crit. DIP* 1995. 126, note J.-P. BÉRAUDO, *JDI* 1995.477, note J.-M. BISCHOFF ; CJCE 5 avril 2001 *Gaillard c. Chekili* aff. C-518/99, *JDI* 2002. 621, obs. A. HUET, *RTD com*. 2002. 207, obs. A. MARMISSE, *JCP 2001*. 2261, note C. BRUNEAU.

[174] CJCE 18 mai 2006, *Land Oberösterreich c/ ČEZ* aff. C-343/04, *Europe* 2006, n° 229, obs. L. IDOT, *Procédures* 2007, comm. 61, obs. C. NOURISSAT, *RJ com*. 2006. 337, obs. A. RAYNOURD, *RDI* 2006. 356, obs. F.-G. TRÉBULLE..

[175] CJUE 3 octobre 2013, *Schneider*, aff. C-386/12, *Rev. crit. DIP* 2014. 182, note S. CORNELOUP, *Procédures* 2013, comm. 346, obs. C. NOURISSAT ; CJUE, 15 mai 2019, *MC*, aff. C-827/18 (Conv. Lugano II).

effets à l'égard de tous[176], de même qu'une action en dissolution, au moyen d'une vente dont la mise en œuvre est confiée à un mandataire, de la copropriété indivise sur un bien immeuble[177]. Il faut aussi remarquer que la Cour de justice, dans la plupart de ces décisions, a indiqué que la matière réelle immobilière doit être interprétée de manière stricte, du fait du caractère dérogatoire des compétences exclusives.

96. ***La définition de la matière des « baux d'immeubles »***. Mais, la particularité de l'article 24 §1 est d'avoir ajouté à la matière réelle immobilière celle des baux d'immeubles, pour laquelle il est moins communément admis que l'État de situation de l'immeuble doit avoir une compétence exclusive. Contrairement à la notion de droits réels immobiliers qui fait l'objet d'une interprétation stricte par la Cour de justice, la matière des baux d'immeubles est définie de manière relativement large par la Cour. Elle inclut non seulement les contestations relatives à un bail existant mais aussi celles portant sur l'existence même d'un contrat de bail[178] ou encore les litiges relatifs à l'exécution du bail, comme les actions en paiement des loyers ou en réparation des dommages causés par le locataire[179].

---

[176] CJUE 3 avril 2014, *Weber c/ Weber*, aff. C-438/12, *Procédures* 2014, comm. 172, obs. C. NOURRISSAT, *Europe* 2014, comm. 285, obs. L. IDOT, *Rev. crit. DIP* 2014. 704, note L. D'AVOUT, *D.* 2015. 1056, note H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE. La solution semble surprenante puisqu'en droit français le droit de préemption s'analyse *a priori* comme un droit personnel, mais elle se comprend dans la perspective allemande de l'État de situation de l'immeuble en l'espèce, où le droit de préemption grève l'immeuble lui-même, davantage que son propriétaire. Ce droit en Allemagne est opposable *erga omnes*. La solution n'est donc pas nécessairement valable pour les États membres qui retiennent une analyse différente du droit de préemption.

[177] CJUE 17 décembre 2015, *Virpi Komu*, aff. C-605/14, *Europe* 2016, comm. 80, note L. IDOT, *RTD com*. 2016. 362, note A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST. Il convient de constater que la Cour de cassation française a suivi cette jurisprudence dans un arrêt du 20 avril 2017 (Civ 1e, 20 avril 2017, n° 16-16983, *JCP N* 2017, 1315, note S. DRAPIER). L'affaire concernait la liquidation de l'indivision existant entre deux concubins et la cour d'appel avait considéré que les concubins étaient propriétaires indivis, en vertu d'un acte authentique espagnol, d'un bien immobilier situé en Espagne. La Cour de cassation a rappelé l'arrêt *Virpi Komu* de la CJUE et elle a jugé que « *le juge espagnol est seul compétent pour connaître d'un litige relatif à la propriété et au partage, entre des résidents français, d'une indivision portant sur un immeuble situé en Espagne, de sorte que le juge français doit relever d'office son incompétence* ».

[178] CJCE 14 décembre 1977, *Sanders*, aff. C-73/77, *JDI* 1978. 388, obs. J.-M. BISCHOFF, *RTD com*. 1978. 657, obs. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL. La Cour a estimé dans cette affaire que « *les baux immobiliers sont généralement régis par des règles particulières, et il est préférable que l'application de ces dispositions ne relève, notamment en raison de leur complexité, que des juges du pays où elles sont en vigueur. Ces considérations expliquent l'attribution en matière de baux d'immeubles proprement dits, c'est-à-dire notamment de contestations entre bailleurs et locataires relatives à l'existence ou à l'interprétation de baux ou à la réparation de dégâts causés par le locataire et à l'évacuation des locaux, d'une compétence exclusive aux tribunaux du pays où l'immeuble est situé* » (points 14 et 15 de l'arrêt).

[179] CJCE 15 janv. 1985 *Rösler* aff. C-241/83, *Rev. crit*. 1986. 128, note G. A. L. DROZ, *Gaz. Pal.* 1985 II Som.156, note J. MAURO, *Rev. Marché commun* 1987. 101, obs. L. FOCSANEANU ; CJCE 27 janvier 2000 *Dansommer*, aff. C-8/98, *Rev. crit. DIP* 2000, 264, note H. MUIR WATT, *Europe* 2000, n° 84, obs. L. IDOT, *JDI* 2000. 550, obs. A. HUET.

Nous verrons que l'extension de la compétence exclusive aux baux d'immeubles a posé problème et a conduit à l'introduction d'une exception pour les contrats de location de courte durée[180].

97. ***Les locations de vacances***. À propos des locations de vacances, une difficulté est apparue quant à la qualification du contrat, lorsque ce dernier est passé auprès d'une agence de voyages. Dans ce cas, il n'est pas facile de savoir si on est en présence d'un contrat de bail ou d'un contrat complexe portant sur des prestations de services. Dans son arrêt *Hacker c/ Euro-Relais*, la Cour de justice a écarté l'application de l'article 16 §1 de la Convention de Bruxelles à un contrat complexe, par lequel une agence de voyage propose diverses prestations pour un prix global, parmi lesquelles la mise à disposition d'un logement[181]. La solution a été saluée par la doctrine, qui y a vu une extension opportune de la protection du consommateur.

Toutefois, dans l'arrêt *Dansommer* rendu ultérieurement, la Cour a retenu une solution contraire à propos d'un contrat également conclu avec un organisateur de voyages qui n'était pas propriétaire du bien loué[182]. Bien que la Cour de justice précise que cette décision ne constitue pas un revirement par rapport à son arrêt *Hacker c/ Euro-Relais* et relève les différences entre les deux affaires[183], le rapprochement entre ces deux arrêts montre que la

---

[180] V. *infra*, n° 204 et s..

[181] CJCE 26 février 1992, *Hacker c/ Euro-Relais* aff. C-280/90, *JDI* 1992. 505, obs. A. HUET, *Rev. crit. DIP* 1993. 78, note G. A. L. DROZ. La Cour de justice précise dans cet arrêt que *« (...) indépendamment de son intitulé et bien qu'il prévoie une prestation portant sur l'usage d'un logement de vacances pour une courte durée, un tel contrat [du type de celui qui est en cause] comporte également d'autres prestations, tels les informations et conseils par lesquels l'organisateur de voyages propose au client un éventail de choix pour les vacances, la réservation d'un logement pour la période choisie par le client, la réservation de places pour le transport, l'accueil sur place et, éventuellement, une assurance pour annulation du voyage. Un tel contrat complexe portant sur un ensemble de prestations de services fournies contre un prix global payé par le client se situe en dehors du domaine dans lequel le principe de la compétence exclusive prévue par l'article 16, paragraphe 1, trouve sa raison d'être, et ne saurait constituer un contrat de bail proprement dit au sens de cet article »* (points 14 et 15 de l'arrêt).

[182] CJCE 27 janvier 2000 *Dansommer*, aff. C-8/98, *op. cit.*.

[183] Dans l'affaire *Dansommer*, l'agence de voyages était un simple intermédiaire qui n'avait pas contracté en qualité de bailleur avec le locataire et qui agissait en tant que subrogé dans les droits du propriétaire. De plus, les autres prestations étaient seulement accessoires à l'obligation principale de mise à disposition des lieux loués. Selon l'arrêt *Dansommer*, *« la règle de compétence exclusive prévue en matière de baux d'immeubles par l'article 16, point 1, sous a), de la convention du 27 septembre 1968 (...) est applicable à une action en dommages-intérêts pour mauvais entretien des lieux et dégâts causés à un logement qu'un particulier avait loué pour y passer quelques semaines de vacances, même lorsqu'elle n'est pas intentée directement par le propriétaire de l'immeuble, mais par un organisateur professionnel de voyages auprès duquel l'intéressé avait loué le logement et qui agit en justice à la suite d'une subrogation dans les droits du propriétaire de l'immeuble. Les clauses accessoires relatives à l'assurance en cas de résiliation et à la garantie du prix payé par le client, qui figurent aux conditions générales du contrat conclu entre cet organisateur et le locataire et qui ne font pas l'objet du litige au principal, n'affectent pas la nature du bail dimmeuble au sens de cette disposition de la convention »* (point 38 de l'arrêt).

distinction entre contrat de bail et contrat de prestation de services portant sur la mise à disposition d'un immeuble est difficile à déterminer.

98. Enfin, la Cour de justice a précisé dans son arrêt *Klein c/ Rhodos*[184] que les contrats de *timeshare* échappent à l'article 24 §1. Il s'agit de contrats qui permettent d'organiser l'occupation périodique et successive d'un même logement par plusieurs personnes offrant toute une panoplie de services aux vacanciers. Dans l'affaire *Klein c/ Rhodos*, la Cour a refusé l'application de la compétence exclusive à un contrat d'adhésion à un club qui impliquait certes la fourniture d'un logement mais aussi d'autres prestations[185].

Ces contrats semblent être régis par les règles applicables aux contrats conclus par les consommateurs – le règlement Rome I soumet d'ailleurs les contrats de *timeshare* aux règles prévues pour les contrats conclus par les consommateurs, concernant la détermination de la loi applicable (article 6 §4 c). Il faut, pourtant, mentionner que le fait décisif pour la Cour dans l'affaire *Klein c/ Rhodos* a été la proportion du paiement destinée au droit de jouissance de l'immeuble par rapport au droit d'adhésion – ce qui laisse à penser que, si le contrat avait convenu d'une autre répartition des montants, la solution pourrait être différente.

En dehors de la compétence exclusive en matière immobilière, le RBI *bis* prévoit également une autre règle de compétence exclusive, qui concerne la matière de propriété, à savoir celle édictée en matière de propriété intellectuelle.

II. La compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle

99. ***Une règle de compétence exclusive fondée sur le fonctionnement d'un service public.*** L'article 24 §4 RBI *bis* prévoit une compétence exclusive en matière d'inscription ou de validité des droits intellectuels (brevets, marques, dessins, modèles) au profit des juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement du titre a été demandé ou a été effectué. La refonte du RBI a été l'occasion d'ajouter à l'article que la compétence joue, que la question de l'inscription ou de la validité du droit litigieux soit soulevée par voie

[184] CJCE 13 octobre 2005, *Klein c/ Rhodos Management Ltd*, aff. C-73/04, *Rev. crit. DIP* 2006. 183, note H. MUIR WATT, *Europe* 2005, nº 421, obs. L. IDOT.

[185] La Cour de justice avait, dans un autre contexte que celui de la Convention de Bruxelles ou du RBI, qualifié ces contrats de prestations de services, du moins lorsque la valeur des services fournis est supérieure à celle du droit d'utilisation du bien immobilier (CJCE 22 avril 1999 *Travel Vac*, n° C-423/97, *D.* 1999. IR 134).

d'actionou d'exception. Cet ajout consacre la solution adoptée par la Cour de justice dans son arrêt *GAT*[186].

Le domaine de l'article 24 §4 RBI bis. La compétence exclusive de l'article 24 §4 ne vise que les litiges relatifs à l'inscription ou à la validité de droits intellectuels. La Cour de justice a précisé dans son arrêt *Duijnstee*[187], qu'elle n'a pas de raison d'être si le litige porte sur l'appartenance des droits intellectuels, les contrats dont ils sont l'objet ou les contrefaçons qu'ils subissent. Elle a aussi jugé que la question relative à la titularité d'un droit de propriété intellectuelle ne relève pas de la règle de compétence exclusive[188].

100. ***L'extension de la règle de compétence exclusive aux litiges portant sur la validité d'un titre de propriété intellectuelle soulevée de manière incidente***. Pourtant, dans la pratique, les questions se présentent souvent de façon mélangée. En effet, lorsqu'une action en contrefaçon d'un brevet est intentée, il arrive fréquemment que le défendeur oppose la nullité du brevet litigieux. Se pose alors la question de savoir si dans un tel cas l'exception de nullité de brevet relève de la compétence exclusive de l'article 24 §4. Nous allons étudier ce point de façon détaillée, plus tard[189], lorsque nous traiterons la question de la portée des compétences exclusives en présence de demandes invoquées à titre incident ; mais, il est important d'évoquer certains éléments importants.

---

[186] CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LuK*, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, n° 37 ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. WILDERSPIN ; *RTDE* 2007, p. 679, obs. SCHMIDT-SZALEWSKI ; M.-E. ANCEL, « L'arrêt *GAT* : une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe », *Comm. com. électr*. 2007, chron. 10, p. 14.

[187] CJCE 15 nov. 1983, aff. 288/82, *Duijnstee*, *RTD eur*. 1984. 316, obs. G. BONET, *JCP E* 1984. I. 13389, obs. G. BONET, J.-B. BLAISE, *Rev. crit. DIP* 1984. 366, note G. BONET.

[188] CJUE 5 octobre 2017 *Hanssen Beleggingen*, aff. C-341/16, F. MÉLIN, « Litige relatif à une marque : portée de la règle de compétence exclusive du règlement Bruxelles I », *Dalloz actualité*, 18 oct. 2017. La Cour de justice rappelle, dans cet arrêt, que les dispositions qui imposent une compétence exclusive, telles que l'article 22 RBI doivent être interprétées de manière restrictive. L'objectif de l'article 22 §4 consiste à réserver les litiges portant sur l'inscription ou la validité d'un titre de propriété intellectuelle aux juridictions qui ont une proximité matérielle et juridique avec le registre. Lorsque le litige ne porte ni sur la validité du titre ni sur l'existence du dépôt ou de l'enregistrement de celui-ci, il ne relève pas de la compétence exclusive de l'article 22 §4 RBI. C'est le cas d'un litige qui porte uniquement sur la question de savoir qui est le titulaire d'une marque Benelux. L'action tendant à ce que la personne formellement enregistrée en tant que titulaire d'une marque déclare auprès de l'autorité compétente qu'elle ne dispose pas de droits sur cette marque et qu'elle renonce à son enregistrement en tant que titulaire de ladite marque ne relève pas de l'article 22 §4 RBI. La demande visant à obtenir que la personne renonce à son enregistrement en tant que titulaire de la marque litigieuse n'implique pas que le litige au principal relève de la notion de *« litige en matière d'inscription ou de validité des marques »*. Cette demande doit être considérée comme l'accessoire de la demande principale, qui consiste à faire reconnaître que la marque litigieuse n'appartient pas à la personne qui la réclame.

[189] V. *infra*, n° 266 et s..

101. Dans son arrêt *GAT*, la Cour de justice a adopté une interprétation large de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle. En l'espèce, au profit d'une action en déclaration de non-contrefaçon contre un brevet français, qu'il avait formée devant le juge allemand, le demandeur a allégué aussi la nullité du titre en cause. Le juge allemand a décidé de surseoir à statuer afin de poser une question préjudicielle à la CJUE tendant à savoir si l'application de la règle de compétence exclusive devait être limitée au cas de l'action principale en nullité ou devait s'étendre aux cas où la demande en nullité intervenait en appui à une action en déclaration de non-contrefaçon ou comme moyen de défense, dans l'hypothèse d'une action principale en contrefaçon formée par le titulaire du brevet.

Selon la Cour, l'article 24 §4 s'applique à tous les litiges portant sur l'inscription ou la validité d'un brevet, que la question soit soulevée à titre principal ou à titre incident – contrairement à la solution inverse retenue en matière de sociétés dans l'arrêt *BVG*[190]. Pour fonder sa décision, la Cour de justice relève tous les inconvénients d'une solution contraire, notamment le risque de contrariété de décisions. La solution a, néanmoins, été critiquée, dans la mesure où elle retarde sérieusement l'issue des actions en contrefaçon et pérennise la possibilité de manœuvres dilatoires, étant donné que le défendeur à l'action en contrefaçon risque de soulever fréquemment l'exception de nullité. Par ailleurs, la Cour de justice ne précise pas si le juge saisi de l'action en contrefaçon doit décliner sa compétence ou surseoir à statuer jusqu'au moment où la juridiction exclusivement compétente se prononce sur la validité du titre.

Il convient, néanmoins, d'observer que lorsque le différend est soumis à l'arbitrage, la solution retenue en France est inverse à celle adoptée par la Cour de justice dans l'arrêt *GAT*. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt *Liv Hidravlika* du 28 février 2008[191], a affirmé que la question de la validité du brevet, soulevée de manière incidente à l'occasion d'un litige de nature contractuelle, peut être soumise à l'arbitrage. Toutefois, la sentence arbitrale n'a qu'un effet *inter partes*. L'approche retenue a pour effet de décourager les manœuvres dilatoires du défendeur, qui invoque la nullité du titre uniquement pour retarder le déroulement de l'instance.

[190] CJUE 12 mai 2011, *Berliner Verkhersbetriebe (BVG) c/ JP Morgan Chase Bank NA*, *op. cit*., v. *infra*, n° 285 et s..
[191] CA Paris, 28 févr. 2008, *Liv Hidravlika*, *Rev. propr. ind*. 2009, n° 1 p. 25, obs. J. RAYNARD ; *JCP E* 2008, n° 1582, obs. C. CARON, *Rev. arb*. 2009, p. 168, note T. AZZI ; *JCP G* 2008, I, 164, n°6, obs. J. BÉGUIN ; *RTD com*. 2008, p. 516, obs. E. LOQUIN ; *D.* 2008, pan., p. 3113, obs. Th. CLAY.

102. ***Le refus de mettre en place des mécanismes de concentration des litiges en matière de propriété intellectuelle***. Par ailleurs, la tentative de concentrer les litiges en matière de propriété intellectuelle devant un seul tribunal, lorsqu'un opérateur économique unique procède à la violation d'un même titre de propriété intellectuelle simultanément enregistré sur plusieurs territoires, a échoué. En effet, la Cour dans son arrêt *Roche* a refusé les mécanismes de concentration des litiges, faisant prévaloir la territorialité et l'exclusivité sur la commodité procédurale[192].

103. ***La « métamorphose » de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle à travers la mise en place de systèmes juridictionnels spécifiques***. Il est intéressant d'observer que d'autres dispositifs européens en matière de propriété intellectuelle excluent parfois le jeu de l'article 24 §4. En matière de marques, dessins et modèles communautaires, l'Union européenne a créé un système de compétence juridictionnelle dérogatoire à celui mis en place par le RBI *bis*.

En effet, les solutions de la Cour de justice (les arrêts *GAT* et *Roche*), largement discutées et contestables et les problèmes qu'elles entraînent, ont été à l'origine de la volonté de modifier profondément les règles de compétence en la matière. C'est la raison pour laquelle des solutions alternatives ont été recherchées, et notamment la mise en place de systèmes juridictionnels spécifiques en matière de marques et de brevets ; le but étant sinon d'échapper à l'exclusivité, de l'atténuer et de passer à un autre modèle de compétence exclusive. Ces systèmes juridictionnels spécifiques seront examinés plus tard[193], lorsque nous aborderons le point portant sur le traitement actuel des compétences exclusives.

Nous allons, à présent, continuer notre étude de l'article 24 RBI *bis*, en nous intéressant à la règle de compétence exclusive édictée en matière de personnes morales.

§2 L'exclusivité en matière de personnes morales

104. Concernant la compétence exclusive en matière de personnes morales (sociétés), il est intéressant d'étudier les difficultés rencontrées par les juges nationaux quant à l'interprétation

[192] CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-539/03, *Roche Nederland BV e.a. c/ Primus et Goldenberg*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. WILDERSPIN ; *Prop. intell*. 2006, p. 471, note J.-C. GALLOUX. L'affaire *Roche* sera analysée ultérieurement, v. *infra*, n° 280 et s..
[193] V. *infra*, n° 630.

et la détermination du domaine d'application de cette règle de compétence (II), avant d'étudier la solution retenue par la CJUE en la matière ainsi que la position de la jurisprudence française (III). Mais, avant d'analyser ces points, nous examinerons brièvement la raison d'être de cette règle de compétence (I).

I. La raison d'être de la compétence exclusive en matière de sociétés

105. ***La justification de la compétence exclusive en matière de sociétés***. L'article 24 §2 RBI *bis* donne compétence exclusive aux juridictions de l'État membre du siège de la société *« en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales*[194]*, ou de validité des décisions de leurs organes »*[195]. Ce chef de compétence est issu du droit allemand des sociétés. L'article 24 §2 concerne les litiges portant sur la régularité (validité ou nullité) de la constitution des personnes morales et leur dissolution[196] ou encore la régularité des décisions prises par leurs organes.

[194] L'article 24 §2 vise d'abord les sociétés en général puis les personnes morales qui n'ont pas la qualité de société (associations, fondations, groupements d'intérêts économiques).

[195] Dans un arrêt récent de la CJUE, la notion de *« validité des décisions des organes d'une société »* semble être comprise au sens large, il ne s'agit pas uniquement de la validité formelle liée aux conditions du vote, convocation des associés ou encore respect du quorum. L'article 24 §2 englobe également des actions tendant à apprécier la régularité juridique de la décision prise, et notamment son caractère équitable ou proportionné (CJUE 7 mars 2018 C-560/16 *E.ON Czech holding AG*, *BJS* 2018, p. 417, note M. MENJUCQ, *RTD Com*. 2018, p. 517, note A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, *D*. 2018, p. 1934, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE). La Cour a décidé l'applicabilité de l'article 24 §2 à un recours ayant pour objet le contrôle du caractère raisonnable de la contrepartie que l'actionnaire principal d'une société est tenu de verser aux actionnaires minoritaires de celle-ci en cas de transfert de leurs droits sociaux à l'actionnaire principal, rendu obligatoire par une résolution de l'assemblée générale. « *Une procédure judiciaire telle que celle en cause au principal porte sur le contrôle de la validité partielle d'une décision d'un organe d'une société. (…) Ainsi, dans les faits, une juridiction saisie d'une telle demande de contrôle doit examiner la validité d'une décision d'un organe d'une société en ce que cette décision porte sur la fixation du montant de la contrepartie, décider si ce dernier présente un caractère raisonnable ainsi que, le cas échéant, annuler ladite décision sur ce point et fixer un montant de contrepartie différent* » (points 36 et 37 de l'arrêt).

[196] Selon le rapport Schlosser, le terme de « dissolution » couvre non seulement l'arrivée à son terme du groupement (de plein droit, volontairement ou judiciairement) mais aussi la liquidation ultérieure de ce groupement. Le rapport Schlosser apporte certaines précisions pour la convention de Bruxelles, lesquelles peuvent être utilisées pour l'interprétation des RBI et RBI *bis*. Dans les systèmes juridiques continentaux, la convention s'applique aux procédures de dissolution même si interviennent des questions préjudicielles relevant du droit de la faillite – par exemple, la dissolution d'une société en raison de la faillite personnelle d'un associé relève de l'article 24 §2. Dans les systèmes de *common law*, les litiges qui peuvent s'élever dans le cadre d'une dissolution non-judiciaire (*voluntary winding-up ou winding-up subject to the supervision of the court*) relèvent en principe de la convention. Concernant les procédures judiciaires de dissolution, il faut établir une distinction : si la société est insolvable, la convention ne s'applique pas ; si au contraire la société est solvable, l'article 24 §2 s'applique (Rapport Schlosser sur la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice , n° 58, p. 91).

106. ***La détermination du « siège » de la société***. Le texte ne précise pas la nature du siège – réel ou statutaire – il indique seulement que *« pour déterminer le siège, le juge applique les règles de son droit international privé »*. Cette solution ne figurait pas dans la version initiale du texte, elle a été ajoutée lors de la transformation de la Convention de Bruxelles en règlement européen.

L'introduction d'une définition matérielle du domicile des personnes morales à l'article 60 RBI (devenu article 63 dans le cadre du RBI *bis*) a rendu nécessaire la précision que le siège est défini, pour les besoins de la compétence exclusive en matière sociétaire, en fonction du droit international privé du juge saisi. L'article 63 RBI *bis* ne tranche pas non plus entre le critère du siège statutaire et celui du siège réel, mais il retient une définition alternative du domicile des sociétés – celles-ci ont leur domicile dans l'État membre où se situe leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement.

Mais cette disposition ne peut être étendue à l'identification du siège des personnes morales au sens de l'article 24 §2, puisque – comme l'écrit L. Usunier – les cumuls de domicile auxquels elle peut conduire *« se concilient mal avec l'essence même du mécanisme de la compétence exclusive, qui est censé donner compétence aux juridictions d'un seul État membre »*[197].

Lorsqu'il s'agit d'une compétence exclusive, il importe qu'un seul tribunal soit compétent et le renvoi au droit international privé de l'État du for permettra de déboucher sur un seul domicile de la personne morale. Ce renvoi au droit national du juge saisi pourrait aussi s'expliquer par la coïncidence, qui est généralement recherchée dans le cadre des compétences exclusives, entre juge compétent et loi applicable. Une définition autonome alternative du siège des personnes morales ne pourrait pas assurer cette concordance, du fait de l'absence de règle de conflit harmonisée en niveau européen sur la loi applicable à la constitution et au fonctionnement des personnes morales[198].

107. ***L'interprétation stricte de l'article 24 §2***. Par ailleurs, la Cour de justice s'est prononcée en faveur d'une interprétation stricte de l'article 24 §2 dans la mesure où le seul

[197] L. USUNIER, *« Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale »*, *op. cit*., p. 37.
[198] Nous verrons, ultérieurement, que des difficultés sont concevables lors de la mise en œuvre de la compétence exclusive en matière de sociétés, compte tenu des divergences entre les droits des États européens, certains retenant le siège réel et d'autres le siège statutaire, v. *infra*, n° 470 et s..

critère adopté afin de déterminer son applicabilité est celui de l'objet principal du litige. Cette solution s'impose dans un souci de prévisibilité et de sécurité juridique. Avant d'analyser la solution retenue par la CJUE et la position de la jurisprudence française en la matière, il faut s'interroger sur les difficultés rencontrées par les juges nationaux concernant la détermination du domaine d'application de cette règle.

II. La détermination difficile du domaine d'application de l'article 24 §2 RBI *bis*

108. ***L'article 24 RBI bis ne concerne que les litiges portant « à titre principal » sur les matières visées.*** Comme on l'a déjà mentionné[199], les fors exclusifs prévus par le RBI *bis* sont dotés d'une force obligatoire particulièrement contraignante et entraînent des conséquences graves qui se déploient non seulement au niveau de la compétence juridictionnelle directe, mais aussi au niveau des effets des jugements. En contrepartie, il paraît logique que ces règles soient d'une interprétation restrictive, du fait que leur champ d'application ne peut être étendu au-delà des prévisions expresses du texte.

À cet égard, il faut observer que l'article 27 RBI *bis* – qui oblige le juge d'un État membre de se déclarer incompétent, lorsqu'il est saisi d'un litige pour lequel le tribunal d'un autre État européen est exclusivement compétent en vertu de l'article 24 RBI *bis* – précise que le juge doit être saisi « *à titre principal »* du litige dont il est question.

Le rapport Jenard offre, également, une précision importante à propos des fors exclusifs prévoyant *qu'« en principe, les matières énumérées à l'article 16 [de la Convention de Bruxelles] ne sont constitutives de compétence juridictionnelle exclusive que si le tribunal doit en connaître à titre principal »*[200]. Concrètement, en matière de sociétés, le rapport explique que *« sont seuls compétents les tribunaux de l'État où une société ou une personne morale ont leur siège pour connaître des actions portant à titre principal, d'une part, sur la validité, la nullité ou la dissolution de ces sociétés ou personnes morales, et d'autre part, sur les décisions de leurs organes* »[201].

[199] V. *supra*, n° 47.
[200] Rapport Jenard, *op. cit*., p. 34.
[201] Rapport Jenard, *op. cit*., p. 35.

Il en résulte que l'article 24 RBI *bis* ne concerne que les instances portant principalement sur l'une des matières visées par celui-ci. On pourrait, alors, considérer que dans l'hypothèse où une question prévue par ce texte se pose à titre incident dans un litige dont l'objet principal relève de la compétence d'un autre juge, ce dernier a la possibilité de se prononcer même sur la question visée par l'article 24 RBI *bis*.

109. ***Les difficultés rencontrées par les juges nationaux dans l'interprétation de l'article 24 §2.*** Toutefois, malgré ces précisions, l'interprétation de la règle de compétence exclusive en matière de sociétés a continué à poser problème, notamment en cas de contestations relatives à la validité des décisions des organes sociaux. Étant donné qu'aujourd'hui les sociétés, dont les activités sont multiformes, peuvent être impliquées dans des litiges variés, une compétence exclusive est susceptible de produire des problèmes de délimitation et d'application, même si elle ne concerne que certains aspects du fonctionnement interne de la société.

Afin d'illustrer les difficultés rencontrées en la matière, nous allons nous intéresser à certaines décisions rendues par la Court of Appeal de Londres et la Cour de cassation italienne. Plus précisément, la Court of Appeal de Londres, dans l'affaire *Grupo Torras c/ Al Sabah*[202], a eu à connaître de l'action intentée par une société mère espagnole et par sa filiale anglaise contre des dirigeants à qui étaient reprochés des agissements frauduleux.

Les défendeurs revendiquaient la compétence exclusive des tribunaux espagnols du siège de la société mère prétendant que l'objet du litige portait sur des décisions des organes sociaux. Ils faisaient valoir que la compétence exclusive devait être attachée à toute décision des organes même si sa validité n'était pas litigieuse. Le juge anglais a écarté cette interprétation considérant que la question posée, en l'espèce, n'entrait pas dans le domaine d'application de l'article 16 §2 de la Convention de Bruxelles (devenu article 24 §2 RBI *bis*).

Cependant, il a admis que le texte anglais de la Convention pourrait autoriser une telle interprétation. L'article 16 §2 dans sa version anglaise prévoyait que le litige a *« pour objet la validité, la nullité ou la dissolution des sociétés (…) ou les décisions de leurs organes (…) »*[203]*,*

[202] Court of Appeal de Londres, 26 mai 1995, *Grupo Torras and Torras Hostench London Ltd c/ Sheikh Fadah Mohammed Al-Sabah and others*, *International Litigation Procedure* 1995, p. 584 (résumé) ; 1995, p. 667 (texte integral) ; *New Law Journal 1995*, p. 1151-1160, note P. FRIEDMAN.

[203] Selon l'article 16 §2 de la convention de Bruxelles, dans sa version anglaise *« The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile. (…) In proceedings which have as their object the validity of the*

ce qui pourrait laisser entendre que le litige doit porter à titre principal sur des décisions des organes sociaux même si leur validité n'est pas en cause. La Court of Appeal a décidé, pourtant, d'interpréter le texte à la lumière de ses objectifs et non pas de façon littérale.

En l'espèce, l'agissement des dirigeants était frauduleux à l'égard de la personne morale, dont ils avaient détourné certains actifs, mais ils n'avaient pas cherché à le faire approuver par les organes sociaux. Selon le juge, l'objet du litige a été constitué par les actes frauduleux commis par les défendeurs à l'encontre des sociétés demanderesses et, par conséquent, l'instance ne concernait pas les décisions des organes du groupe. Il faut noter que l'article 22 §2 RBI ainsi que l'article 24 §2 RBI *bis*, dans leur version anglaise, visent désormais, à propos des décisions prises par les organes sociaux, le contentieux relatif à leur « validité »[204].

110. La même juridiction anglaise a accepté, néanmoins, le jeu de la règle de compétence exclusive en matière de sociétés à une action en contestation de la nomination des dirigeants d'une personne morale. Il s'agissait de l'affaire *Speed Investments Ltd c/ Slec Holding Ltd/Formula one Holding Ltd and others*[205]. En l'espèce, le litige portait sur la validité des nominations de membres du bureau des directeurs effectuées par les associés en vertu d'un accord prévoyant le nombre de directeurs que pourrait nommer chacun d'eux.

La Court of Appeal a considéré que la notion de contentieux de la validité de la constitution des sociétés englobe non seulement la question de la constitution de la société elle-même mais également celle de la constitution des organes sociaux, donc la nomination des dirigeants. Le juge a admis que *« l'objet du litige n'était pas strictement la validité de la constitution de la société ou la validité d'une décision prise par les organes sociaux (…) le litige portait à titre*

constitution, the nullity or the dissolution of companies (…) or the decisions of their organs, the courts of the Contracting State in which the company, legal person or association has its seat; ».

[204] *« The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile. (…) In proceedings which have as their object the validity of the constitution, the nullity or the dissolution of companies (…) or the validity of the decisions of their organs, the courts of the Member State in which the company, legal person or association has its seat ».*

[205] Court of Appeal de Londres, 12 novembre 2004, *site Bailii, n° A3/2004/1684*, J.-P. BERAUDO, M.-J. BERAUDO, « Convention de Bruxelles, conventions de Lugano et Règlements (CE) n° 44/2001 et (UE) n° 1215/2012. – Compétence – Compétences exclusives – Compétences en raison de la matière : contrats d'assurance et contrats conclus par les consommateurs », J-Cl. Europe, Fasc. 3010, 9 avril 2019, n° 54.

principal sur la question de la composition d'un des organes de la société, ce qui peut affecter (au moins éventuellement) la validité des décisions de la société »[206].

Dès lors, on s'aperçoit que dans cette seconde affaire, le juge anglais a procédé à une interprétation large de l'article 24 §2 RBI *bis* s'écartant de l'analyse plutôt restrictive qui a été retenue dans sa décision antérieure *Grupo Torras c/ Al Sabah*.

111. Enfin, il n'est pas sans intérêt de mentionner une décision rendue par la Cour de cassation italienne le 12 janvier 2005[207], dans laquelle le juge italien a eu l'occasion d'indiquer que l'article 16 §2 de la Convention de Bruxelles ne s'applique pas à un litige relatif aux rapports entre associés. En l'espèce, la Cour a eu à connaître de l'action par laquelle l'associé d'une société de fait prétendument constituée en Grèce sollicitait la condamnation d'un autre associé à l'indemniser du préjudice résultant d'abus commis par ce dernier en sa qualité d'associé et d'administrateur. Selon le juge, une telle action relevant des seuls rapports entre associés et mettant en cause la responsabilité personnelle de l'un d'entre eux, ne relevait pas du champ d'application de l'article 16 §2.

Face à ces interprétations retenues par des juges nationaux, la CJUE, ainsi que les juridictions françaises, ont eu l'occasion de se prononcer sur la question de la portée de la règle de compétence exclusive en matière de sociétés.

III. La solution retenue par la Cour de justice de l'Union européenne et la position de la jurisprudence française : la nécessité d'une interprétation stricte de la compétence exclusive en matière de sociétés

112. La CJUE a opté pour une interprétation restrictive de la compétence exclusive en matière de sociétés (A), ce qui paraît justifié au regard de l'objectif de prévisibilité. La Cour de cassation française a aligné sa jurisprudence sur celle de la Cour de justice (B).

[206] *« The issue is not, strictly, " the validity " of the constitution, or of any actual board decisions […] the subject-matter is the composition of one of the main organs of the company, and therefore (at least prospectively) the validity of decisions of the company »*.
[207] Cour de cassation italienne, 12 janvier 2005, *DDM c. CCM*, *RD aff. Int*. 2/2006, p. 257.

A. L'interprétation restrictive de la compétence exclusive en matière de sociétés par la Cour de justice

113. ***L'interprétation stricte de l'article 24 §2 par la CJUE***. Nous allons, maintenant, analyser la solution de la CJUE concernant l'interprétation de l'article 24 §2 RBI *bis* à travers l'étude approfondie de sa jurisprudence en la matière. Tout d'abord, la Cour de justice a rendu, dans la matière, l'arrêt *Hassett et Doherty* du 2 octobre 2008[208]. Cette affaire concernait une demande formée par deux médecins contre leur syndicat professionnel constitué en société ayant son siège au Royaume-Uni. Les médecins avaient demandé à leur syndicat une indemnisation pour toute somme qu'ils pouvaient être condamnés à payer aux centres de santé irlandais pour lesquels ils exerçaient, dans le cadre d'une action en dommages et intérêts pour faute professionnelle intentée par des patients contre ces centres, devant les juridictions irlandaises.

Cette demande, relevant du pouvoir discrétionnaire absolu du conseil d'administration du syndicat, a été refusée. Cette position a été contestée devant les tribunaux irlandais qui ont autorisé les médecins à appeler le syndicat en intervention forcée. Les médecins contestaient la décision de refus d'indemnisation estimant qu'elle violait leurs droits statutaires. De son côté, le syndicat défendeur invoquait la règle de l'article 22 §2 RBI, faisant valoir que la disposition était applicable en l'espèce, car l'objet de la demande portait sur la validité des décisions adoptées par son conseil d'administration, de sorte que seules étaient compétentes les juridictions britanniques et non les juridictions irlandaises.

La question, alors posée à la CJUE, a été de savoir si la règle de compétence exclusive en matière de sociétés, englobe une action dans le cadre de laquelle une partie allègue qu'une décision adoptée par un organe d'une société a violé les droits que ladite partie prétend tirer des statuts de cette société. La Cour répond par la négative, rappelant que cette règle doit être interprétée de façon stricte, comme toute règle faisant exception à la compétence de principe du domicile du défendeur.

[208] CJCE 2 oct. 2008, *Nicole Hassett contre South Eastern Health Board et Cheryl Doherty contre North Western Health Board*, aff. C-372/07, *Rev. crit. DIP* 2009. 71, note B. ANCEL, *Europe* 2008, comm. 432, obs. L. IDOT, *JCP* 2009. I. 107, n° 14, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST..

Comme le confirme sa jurisprudence antérieure[209] à propos du texte homologue de l'article 16 de la Convention de Bruxelles, les dispositions dudit article *« ne doivent pas être interprétées dans un sens plus étendu que ne le requiert leur objectif, dès lors qu'elles ont pour effet de priver les parties du choix du for qui autrement serait le leur et, dans certains cas, de les attraire devant une juridiction qui n'est la juridiction propre du domicile d'aucune d'entre elles »* (point 19 l'arrêt *Hassett et Doherty*).

114. Selon la Cour, l'article 22 §2 RBI ne vise que *« les litiges dans lesquels une partie conteste la validité d'une décision d'un organe d'une société au regard du droit des sociétés applicable ou des dispositions statutaires concernant le fonctionnement de ses organes »* (point 26). Si l'ensemble des décisions des organes de la personne morale relevaient de l'article 24 §2 cette compétence exclusive aurait un champ d'application excessivement vaste. Le litige doit porter sur la régularité intrinsèque de la délibération de l'organe social appréciée selon les dispositions qui régissent le fonctionnement des organes de la société.

De plus, seules les décisions prises par les organes sociaux de manière collégiale et au terme d'une procédure de consultation formalisée devraient tomber sous le coup de la disposition[210]. Il ne suffit pas, pour que la règle de compétence exclusive reçoive application, *« qu'une action judiciaire présente un lien quelconque avec une décision adoptée par un organe d'une société »* (point 22), sinon la règle pourrait se trouver applicable à des demandes principales fondées sur un lien contractuel, voire une responsabilité délictuelle.

115. Cette interprétation large étendrait démesurément le champ d'application de la disposition au-delà de ce que requiert son objectif. Elle aboutirait, en effet, à *« soumettre à la compétence dérogatoire en cause à la fois des litiges qui ne seraient pas susceptibles de donner lieu à des décisions contradictoires sur la validité des délibérations des organes d'une société, dans la mesure où leur solution n'aurait aucune incidence sur cette validité »* (point 24).

---

[209] CJCE 14 décembre 1977 *Sanders* aff. 73/77, points 17 et 18, *JDI* 1978. 388, obs. J.-M. BISCHOFF, *RTD com*. 1978. 657, obs. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL ; CJCE 27 janvier 2000 *Dansommer*, aff. C-8/98, point 21, *Rev. crit. DIP* 2000, 264, note H. MUIR WATT, *Europe* 2000, n° 84, obs. L. IDOT, *JDI* 2000. 550, obs. A. HUET ; CJUE 18 mai 2006 *Land Oberösterreich c/ ČEZ* aff. C-343/04, point 26, *Europe* 2006, n° 229, obs. L. IDOT, *Procédures* 2007, comm. 61, obs. C. NOURISSAT, *RJ com*. 2006. 337, obs. A. RAYNOURD, *RDI* 2006. 356, obs. F.-G. TRÉBULLE.

[210] Le rapport Jenard emploie le terme révélateur de « délibération » témoignant du fait que seules les décisions des organes statuant de manière collégiale sur la gestion de la société, au cours de réunions permettant un débat sur ces questions, méritent d'être couvertes par le texte.

En l'espèce, les médecins, même s'ils estimaient que la décision de rejet était invalide au regard des statuts de la société, pour défaut d'examen approfondi de leur demande, ils ne contestaient pas le pouvoir discrétionnaire conféré au conseil d'administration de prendre cette décision. Ils critiquaient plutôt les modalités d'exercice d'un tel pouvoir.

Il s'agissait, alors, d'un contentieux qui n'avait pas d'incidence directe sur la validité des décisions du conseil d'administration et qui n'était pas particulièrement exposé au péril des décisions contradictoires. Comme le souligne B. Ancel[211] dans son commentaire, *« les médecins s'étaient gardés de mettre en cause la légalité de la décision du conseil d'administration et leur action ne débordait pas le cadre des rapports interindividuels qu'ils entretenaient avec la société »*.

116. ***La réaffirmation de la nécessité d'une interprétation restrictive dans l'arrêt BVG***. Dans l'arrêt *Hassett et Doherty* la Cour de justice a opté, alors, pour une interprétation restrictive de l'article 22 §2 RBI, laquelle a été réaffirmée ultérieurement dans son arrêt *Berliner Verkhersbetriebe (BVG) c/ JP Morgan Chase Bank NA*[212], rendu le 12 mai 2011.

Il s'agissait, en l'espèce, d'un litige concernant un contrat conclu entre une banque d'investissement américaine et une personne morale de droit public allemande. Face au refus de payer des sommes dues au titre du contrat par la société allemande, la banque et sa filiale anglaise ont assigné la personne morale allemande devant la High Court de Londres en application d'une clause attributive de juridiction que le contrat comprenait. La partie défenderesse a invoqué la compétence exclusive des juridictions allemandes pour connaître du litige, prétendant la nullité du contrat en raison du fait que les décisions de ses organes qui ont conduit à sa conclusion étaient nulles.

117. Autrement dit, la société allemande a allégué la nullité du contrat, car, selon elle, il a été conclu au-delà de l'objet social tel que fixé dans les statuts et elle invoquait, ainsi, la nullité des décisions de ses organes ayant conduit à la conclusion du contrat. C'est ce qui lui a permis

[211] B. ANCEL, « De la compétence communautaire en cas de litige sur la validité des décisions des organes d'une société » *Rev. crit. DIP* 2009, p. 71.
[212] CJUE 12 mai 2011, *Berliner Verkhersbetriebe (BVG) c/ JP Morgan Chase Bank NA*, aff. C-144/10, *D.* 2011, panor. 2436, obs. S. BOLLÉE ; *D.* 2012, panor. 1228, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2011, 922, note E. TREPPOZ ; *Europe* 2011, com. 276, L. IDOT ; *RTD com.* 2011, 814, obs. A. MARMISSE-D'ABADIE D'ARRAST ; *Procédures*, 2011, com. 228, obs. C. NOURISSAT.

de contester la compétence du juge anglais au profit de la compétence exclusive du juge allemand du siège social de la société pour statuer sur le litige, au regard de l'article 22 §2 RBI.

La société a, alors, saisi le juge berlinois de son siège d'une demande en nullité du contrat. Ce dernier a décidé de surseoir à statuer et poser une question préjudicielle à la CJUE, qui était de savoir si l'article 22 §2 RBI *« s'applique à un litige dans le cadre duquel une société se prévaut de l'inopposabilité d'un contrat à son égard, en raison de la prétendue invalidité, pour cause de violation de ses statuts, d'une décision de ses organes ayant conduit à la conclusion du contrat »* (point 23 de l'arrêt *BVG*). Si l'exclusivité de la compétence du juge allemand du siège s'étend à un tel litige, sa compétence s'imposait, puisque l'exclusivité du second juge saisi chasse le critère chronologique[213]. En revanche, si l'exclusivité se limite à des litiges portant à titre principal sur la validité des décisions de la société, le juge allemand devait se dessaisir.

118. La Cour de justice a répondu à la question posée par la négative réaffirmant l'interprétation stricte de la règle de compétence exclusive en matière de sociétés retenue antérieurement dans l'arrêt *Hassett et Doherty*. Plus précisément, la CJUE décide d'interpréter l'article 22 §2 RBI en fonction de l'économie générale et de la finalité du règlement dans lequel elle est insérée, après avoir relevé une certaine divergence entre les différentes versions linguistiques du texte. En effet, certaines versions prévoient que le for du siège de la société est exclusivement compétent *« en matière de »* validité, de nullité ou de dissolution de la personne morale ou de validité des décisions de ses organes alors que selon d'autres une compétence exclusive est établie dès lors que le litige a pour *« objet »* une telle question.

Après avoir souligné que les juridictions de l'État du siège sont les mieux placées pour connaître des litiges qui portent principalement sur les questions visées à l'article 22 §2 RBI, la Cour constate que *« dans le contexte d'un litige de nature contractuelle, des questions tenant à la validité, à l'interprétation ou à l'opposabilité du contrat sont au cœur de celui-ci et en constituent l'objet. Toute question concernant la validité de la décision de conclure ledit contrat, prise antérieurement par les organes sociaux de l'une des parties, doit être considérée comme accessoire »* (point 38).

[213] V. *supra*, n° 51 et s..

119. Dès lors, l'article 22 §2 RBI *« vise uniquement les litiges dont l'objet principal est constitué par la validité, la nullité ou la dissolution des sociétés ou personnes morales ou par la validité des décisions de leurs organes »* (point 44). Il convient, alors, de remarquer que dans cet arrêt la Cour de justice élargit la solution retenue dans l'arrêt *Hassett et Doherty* en matière de validité d'une décision des organes sociaux à tout le contentieux relevant de l'article 22 §2 RBI.

Elle note, également, que la finalité poursuivie par la disposition, c'est-à-dire la centralisation de la compétence afin d'éviter des décisions contradictoires, se limite aux seuls litiges ayant pour objet l'existence des sociétés ou la validité des délibérations de leurs organes. Cet objectif de centralisation ne s'impose pas dans le cadre d'un litige contractuel portant à titre incident sur ces questions puisque *« un tel litige n'est pas, en principe, de nature à donner lieu à des décisions contradictoires de juridictions de différents États membres, car des demandes parallèles ou reconventionnelles fondées sur un même contrat, constituent, en principe, un cas de litispendance »* (point 41).

L'arrêt *BVG* de la Cour de justice s'inscrit, ainsi, dans la logique de sa jurisprudence antérieure confirmant l'interprétation restrictive de l'article 22 §2 RBI, dans le but de ne pas éteindre le champ d'application de cette disposition au-delà de ce que requièrent les objectifs poursuivis par cette dernière.

120. Enfin, dans le même sens restrictif va une décision plus récente de la Cour, l'arrêt *flyLAL-Lithuanian Airlines*[214]. Le litige concernait la reconnaissance et l'exécution en Lettonie d'une décision lituanienne ordonnant des mesures provisoires de mise sous séquestre de biens appartenant à deux sociétés lettones. Ces mesures ont été demandées par une société de droit lituanien qui prétendait avoir subi un préjudice résultant de la violation par les sociétés lettones du droit européen de la concurrence.

La Cour de justice s'est interrogée sur le point de savoir si une action, visant à obtenir la réparation du préjudice résultant de violations alléguées du droit de la concurrence de l'Union,

[214] CJUE, 23 octobre 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS c/Starptautiskā lidosta Rīga VAS et Air Baltic Corporation AS,* aff. C-302/13, *Procédures* 2015 nº 1 p.42-43, note C. NOURISSAT ; *Europe* 2014 Décembre Comm. n° 12 p. 38, obs. L. IDOT.

à la suite de décisions prises par les organes des sociétés défenderesses, relève de la compétence exclusive des tribunaux de l'État du siège de ces sociétés, au sens de l'article 22 §2 RBI.

La Cour a répondu par la négative, réaffirmant la solution qu'elle avait retenue dans ses arrêts précédents. Elle a rappelé que dans son arrêt *Hassett et Doherty*, elle avait jugé que l'article 22 §2 RBI doit être interprété en ce sens que son champ d'application ne vise que *« les litiges dans lesquels une partie conteste la validité d'une décision d'un organe d'une société au regard du droit des sociétés applicable ou des dispositions statutaires concernant le fonctionnement de ses organes »* (point 40 de l'arrêt *flyLAL-Lithuanian Airlines*).

Ainsi, ledit article ne comprend pas les causes de nullité résultant de la violation du droit européen de la concurrence. L'objet principal du litige en cause concerne une demande de réparation du préjudice, résultant de la violation du droit de la concurrence de l'Union, et non pas l'existence d'une société ou la validité des décisions de ses organes.

121. ***La conformité de l'interprétation stricte de la règle à l'objectif de prévisibilité.*** L'interprétation restrictive de la règle paraît digne d'approbation, tant au regard de la sécurité juridique que d'une bonne administration de la justice. Les risques d'imprévisibilité qui résulteraient d'une interprétation large de la règle sont particulièrement mis en avant dans l'arrêt *BVG* de la Cour de justice. Dans cet arrêt, la Cour remarque qu'une telle interprétation de l'article 22 RBI est contraire *« à l'une des finalités du règlement consistant dans la recherche d'un haut degré de prévisibilité des règles de compétence et au principe de sécurité juridique »* (point 33 de l'arrêt *BVG*).

L'objectif de prévisibilité *« ne serait pas atteint si l'applicabilité d'une règle de compétence juridictionnelle fondée sur la nature du litige pouvait [...] varier [...] au gré de l'existence d'une question liminaire, susceptible d'être soulevée à tout moment par l'une des parties »* (point 35). La mise en œuvre de l'article 22 §2 RBI est exclue lorsque le problème de droit des sociétés n'est *« pas le seul, ni même le principal objet »* du litige mais n'en constitue qu'un accessoire, une partie de l'analyse conduisant à sa résolution (point 38).

122. En effet, la compétence pour être prévisible dépend de la question posée à titre principal. Dans un litige contractuel, il serait facile pour la société défenderesse de soulever à titre incident la validité de la décision de conclure le contrat litigieux, prise par l'un de ses

organes, afin de remettre en cause la compétence du tribunal saisi, ce qui serait contraire à la bonne administration de la justice. La compétence ordinaire du juge saisi ne doit pas être paralysée par la mise en jeu incidente des questions portant sur l'existence de la société ou la validité des décisions de ses organes.

Autrement dit, l'interprétation stricte de la règle s'impose car sinon, cela revenait *à « ce que les actions juridictionnelles, qu'elles soient de nature contractuelle, délictuelle ou autre, engagées contre une société relèveraient presque toujours de la compétence des juridictions de l'État membre du siège de cette société, puisqu'il suffirait à la société d'invoquer à titre préalable une prétendue invalidité d'une décision de ses organes pour rendre compétentes ces juridictions »* (point 23 de l'arrêt *Hassett et Doherty* et point 34 de l'arrêt *BVG*).

123. On constate, alors, que la solution adoptée par la Cour de justice dissuade les sociétés d'invoquer systématiquement une prétendue invalidité des décisions de leurs organes comme moyen de défense, dans le cadre d'un litige de nature contractuelle ou délictuelle, à la seule fin de bénéficier de la compétence exclusive de leur propre siège.

En outre, elle évite de centraliser devant le juge du siège tout litige impliquant une personne morale alors même que l'objet principal du litige n'entretient aucun lien sérieux avec le for. Le seul critère permettant de déterminer si l'article 24 §2 RBI *bis* est applicable doit être celui de l'objet du litige. Ce n'est que si celui-ci porte principalement sur une des questions visées par le texte que cette disposition trouve à s'appliquer, sinon la question se rapportant à la matière sociétaire doit être considérée comme accessoire relevant de la compétence du juge saisi.

124. La Cour de justice[215] a, cependant, retenu une interprétation large à propos de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle, en jugeant que cette dernière s'applique à tout litige dans lequel la validité d'un brevet est remise en cause, que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception. On va analyser ultérieurement cette dualité d'analyse injustifiée retenue par la Cour de justice[216].

[215] CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LuK*, *op. cit*..
[216] V. *infra*, n° 266 et s..

B. L'alignement de la jurisprudence française sur celle de la Cour de justice

125. ***La non-conformité de la jurisprudence française à la jurisprudence européenne, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 mars 2011***. Cette interprétation restrictive de la portée de la règle de compétence exclusive ne concorde pas avec l'interprétation large donnée, dans un premier temps, par la chambre commerciale de la Cour de cassation française dans un arrêt du 15 mars 2011[217]. En l'espèce, une société anonyme, dont le siège était en France, avait conclu un contrat de cession de droits de propriété sur sa marque avec une société, qui avait son siège au Canada. La société française a assigné devant le juge français la société canadienne aux fins d'annulation du contrat en invoquant que la cession avait été conclue par son président sans l'autorisation préalable de son conseil d'administration.

La question posée à la Haute juridiction a été de savoir si l'article 22 §2 RBI doit recevoir application dans le cadre d'un litige dont l'objet principal était la nullité d'un contrat conclu entre deux sociétés. La Cour a répondu par l'affirmative, retenant une interprétation large de l'article. Dès lors qu'à l'occasion d'un litige est soulevée une question relative à la validité des décisions prises par les organes d'une société, l'article 22 §2 RBI trouve à s'appliquer. En l'espèce, la prétention de la société française, d'après laquelle la cession consentie est nulle pour défaut d'autorisation préalable de son conseil d'administration, conduit à s'interroger sur la validité d'une décision prise par l'un de ses organes, justifiant la compétence exclusive du juge français.

Il est évident que l'interprétation de l'article retenue par les juges français n'est pas conforme à la jurisprudence européenne. Ainsi que nous l'avons précisé plus haut[218], la CJUE a posé dans son arrêt *Hassett et Doherty* le principe de l'interprétation stricte de la règle de compétence exclusive en matière sociétaire. À cet égard, la Cour de cassation n'aurait pas dû interpréter aussi largement l'article 22 §2 RBI pour l'appliquer dans un litige dont l'objet principal est la nullité d'un contrat et non pas la validité d'une décision d'un organe social. Elle a été directement contredite par l'arrêt *BVG* de la CJUE rendu quelques semaines plus tard et dans lequel, la Cour de justice a donné une solution contraire dans une situation de fait proche de celle ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation.

[217] Com. 15 mars 2011, n° 09-72027, *D.* 2011. Pan. 2434, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE, *BJS* 2011. 917, note M. MENJUCQ, *Rev. sociétés* 2011. 714, note Th. MASTRULLO.
[218] V. *supra*, n° 113 et s..

126. ***Le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt Hippocampe***. La Cour de cassation est, alors, revenue sur sa jurisprudence en interprétant strictement la règle de compétence exclusive de l'article 24 §2 ; cette règle de compétence ne couvre que les demandes principales contestant l'existence de la société ou de ses délibérations sociales.

Dans l'arrêt *Hippocampe* du 16 avril 2013[219], un actionnaire avait cédé les actions qu'il détenait dans une société ayant son siège en France à deux cessionnaires domiciliés en Suisse. Cette cession a été agréée par le conseil d'administration de la société. Les cessionnaires s'étaient engagés à reverser au cédant une partie du prix de revente en cas de cession ultérieure, ce qu'ils n'ont pas fait. Le cédant les a assignés devant le juge français, lieu du siège de la société sur le fondement de l'article 16 §2 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 (repris à l'article 22 §2 de la version du 30 octobre 2007 de la Convention de Lugano)[220].

S'est posée ainsi la question de savoir si l'objet du litige était les actes de cessions ou la validité de la décision d'agrément, qui avait accordé l'agrément à cette cession d'actions. Les juridictions françaises du lieu du siège social ne disposaient d'une compétence exclusive que si l'objet du litige était la décision d'agrément du conseil d'administration. La Cour de cassation a approuvé la solution de la cour d'appel, qui avait considéré que la validité de la délibération alléguée n'était pas l'objet du litige, ce qui exclut l'application de l'article 24 §2.

Ainsi, la Cour de cassation retient une interprétation stricte de la règle de compétence exclusive en matière sociétaire, respectant la jurisprudence européenne, mentionnée auparavant. La mention dans la décision d'agrément du conseil d'administration que ces actes sous-seing privé étaient *« approuvés par le conseil et seront appliqués »*[221] ne permettait pas

[219] Com. 16 avril 2013, *Hippocampe*, n° 11-25.956, *Rev. sociétés* 2013. 637, obs. M. MENJUCQ, *BJS* 2013 p. 742, note B. DONDERO.
[220] L'article 22 §2 de la convention de Lugano est identique à l'article 24 §2 RBI *bis*.
[221] Comme le relève M. Menjucq, *« la mention dans la décision d'agrément que les actes de cession sont « approuvés par le conseil et seront appliqués » pouvait laisser penser que la société avait promis l'exécution des engagements des cessionnaires, ce qui ne manquerait pas de soulever la question de la validité de cette décision, ouvrant ainsi la voie à la compétence exclusive des juridictions lyonnaises. C'est évidemment ce que recherchait le cédant. Cependant, ni la cour d'appel, ni la Cour de cassation, ne concluent à l'existence d'une telle promesse de la seule mention précitée qui n''est probablement qu'une formule de style. En toute hypothèse, comme le relève justement la Cour de cassation, cet engagement unilatéral de la société se serait ajouté à l'engagement, mais ne s'y serait certainement pas substitué puisque dans un tel cas, il y aurait eu novation de l'acte par changement de débiteur de l'obligation qui aurait nécessairement requis l'accord du créancier de l'obligation, à savoir le cédant. Or, aucun élément d'un tel accord n'est relevé »* (M. MENJUCQ, « Agrément d'une cession d'actions prévoyant une clause de complément de prix et compétence internationale des juridictions » *Rev. sociétés* 2013, p. 637).

d'en déduire que cette décision sociale était une condition d'exécution desdits actes de cession auxquels elle n'ajoutait ni ne retranchait rien.

L'objet du litige est uniquement l'inexécution par les cessionnaires de leur engagement de verser un complément de prix en cas de revente des actions, souscrit dans les actes de cession ; il n'était pas dans l'intention du demandeur de remettre en cause l'agrément des cessionnaires par la société. Par conséquent, aucune décision des organes de la société n'était l'objet du litige en cause.

127. Enfin, il est intéressant de noter que la Cour de cassation applique la même interprétation stricte de l'article 24 §2 en matière de fictivité de société. La fictivité d'une société conduit nécessairement à s'interroger sur sa validité[222], laquelle relève de la compétence exclusive des tribunaux de l'État membre où est localisé le siège de la personne morale intéressée, en vertu de l'article 24 §2. Néanmoins, la Haute juridiction a précisé que la compétence exclusive de l'État du lieu du siège n'est pas justifiée lorsque la question de fictivité est soulevée à titre incident dans le cadre d'une action qui n'a pas pour objet principal le prononcé de la nullité de la société[223].

Autrement dit, la compétence exclusive prévue par le droit européen en faveur des juridictions de l'État membre du siège social ne peut pas faire échec à la compétence du juge français, saisi d'un litige dans le cadre duquel l'une des parties se prévaut de la fictivité d'une

[222] En droit français, « une société fictive est une société nulle et non inexistante », Com. 16 juin 1992, n° 90-17237, *BJS* sept. 1992, n° 313, p. 960, note P. LE CANNU.

[223] Civ 1re, 9 septembre 2015, n° 14-12. 658, *Petrona Tower*, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 537, note L. D'AVOUT, *D.* 2016, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, *« l'allégation de fictivité d'une société, afin d'obtenir la condamnation solidaire de la personne morale et d'un de ses associés, n'a pas pour objet principal de faire prononcer la nullité de la société, de sorte que cette action de relève pas de la compétence exclusive du juge européen du siège social de la personne morale considérée »* ; solution réitérée par Civ. 1re, 4 mai 2017, n° 16-12.853, *Société Euroinvest intermed c/ société Compagnie européen de gestion immobilière et services*, *D.* 2017, p. 2061, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *Bull. Joly Sociétés* 2017, p. 539, note M. MENJUCQ ; *Revue des sociétés* 2017, p. 648, note Th. MASTRULLO, en l'espèce la fictivité d'une filiale a été soulevée en tant que moyen à l'appui d'une action dont l'objet principal consistait dans le paiement d'une somme d'argent par la société mère ; Civ 1re 11 avril 2018 aff. 16-24653, *D.* 2018, p. 1938 bs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE : *« la Cour de cassation semble moins assurée qu'auparavant puisqu'elle affirme in fine que « la cour d'appel (...) a exactement déduit que la juridiction française était compétente pour se prononcer sur la qualité de propriétaire de la société suisse, ce qui n'impliquait pas nécessairement l'appréciation de la fictivité de celle-ci […]. La solution adoptée révèle la tension sous-jacente au jeu de la compétence exclusive : approche formaliste du problème, opposant demande principale et contestation incidente de la validité de la société ou de ses décisions, qui permet plus facilement au demandeur de placer à son avantage les contentieux connexes devant les juges ordinairement compétents ; approche réaliste à l'inverse, opérée en termes de connexité très étroite du litige avec le fonctionnement institutionnel de la personne morale, qui préserve quant à elle l'intégrité du régime juridique sociétaire menacé par la demande en justice »* ; *BJS* juin 2018, p. 330, note Th. MASTRULLO.

société de droit étranger au soutient de sa prétention qui ne consiste pas à faire prononcer la nullité de la société.

En dehors de la matière immobilière et de personnes morales, des règles de compétence exclusive sont également prévues en matière d'intervention d'autorités publiques.

§3 L'exclusivité en matière d'intervention d'autorités publiques

128. Nous allons, ici, nous intéresser à la compétence exclusive en matière d'inscription sur les registres publics (I), ainsi qu'à la compétence exclusive en matière d'exécution des décisions (II).

I. La compétence exclusive en matière d'inscription sur les registres publics

129. ***Une règle de compétence classique, émanant des règles générales du droit international public***. L'article 24 §3 RBI *bis* prévoit une compétence exclusive *« en matière de validité des inscriptions sur les registres publics »*, au profit des tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel ces registres sont tenus. Il s'agit d'une règle de compétence classique, puisque les litiges relatifs à la validité des inscriptions sur les registres publics portent directement sur le fonctionnement d'un service public.

Ch. N. Fragistas[224] souligne que cette compétence exclusive dérive des règles générales de droit international public. Aucun État ne peut par la voie judiciaire modifier ou annuler les actes de pouvoir émanant d'autorités étrangères, sans porter atteinte au principe de souveraineté et d'égalité entre États. L'article 24 §3 concerne les inscriptions sur les registres publics, qui ont trait aux matières couvertes par le règlement (registres de publicité foncière, registres du commerce et des sociétés, par exemple)[225]. Ainsi, la validité des inscriptions sur les registres de l'état civil semble être exclue du champ d'application du RBI *bis* (art. 1 §2 a))[226].

---

[224] Ch. N. FRAGISTAS, *« La compétence internationale exclusive en droit privé »*, Studi in onore di Antonio Segni, vol. II, Milano, 1967, p. 199.

[225] Le TGI de Paris a jugé que le juge français est exclusivement compétent en vertu de l'article 16 §3 de la Convention de Bruxelles pour connaître d'un litige ayant pour objet la radiation d'une inscription au registre public de la cinématographie pour la cession des droits d'exploitation sur le territoire français des films de Laurel et Hardy (TGI Paris 15 juin 1983, *Gaz. Palais* 1984, somm. 202).

[226] Toutefois, pour certains, l'article 24 §3 pourrait être interprété de façon large, et concerner même les registres publics sur lesquels sont portées des inscriptions ayant trait aux matières exclues par le RBI *bis* – comme les registres de l'état civil (en ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, Les *conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris,

130. ***La validité « formelle » des inscriptions***. Il faut noter que la règle de l'article 24 §3 ne concerne que le contentieux de la validité formelle des inscriptions, qui est liée au droit de l'État détenteur du registre. La contestation doit porter, par exemple, sur la compétence de l'officier public ayant procédé à l'inscription ou sur les mentions obligatoires qui doivent figurer au registre. Il est difficilement concevable que puisse produire des effets un jugement déclarant nulle une inscription qui a été effectuée sur les registres publics d'un État étranger, en raison d'un vice propre affectant l'inscription, tel que l'incompétence de l'officier public ou l'omission d'une mention obligatoire. Ceci porterait atteinte à l'autorité de l'État étranger[227].

Comme le précisent F.-J. Garcimartín Alférez et G. Saumier dans leur rapport relatif au projet de Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, *« les registres publics sont tenus par des autorités publiques et impliquent l'exercice de prérogatives de puissance publique ; en général, les actions portant sur la validité des inscriptions doivent être introduites contre l'autorité publique qui tient le registre. Entrent par exemple dans cette catégorie les situations dans lesquelles l'enregistrement est refusé ou modifié par le greffier et le demandeur exerce un recours contre ces décisions. Ce litige implique généralement le demandeur et le greffier. Par conséquent, en principe, les inscriptions sur les registres publics relèveraient de la matière administrative »*[228].

131. En revanche, un litige touchant à la validité substantielle du droit inscrit, ne relève pas de la compétence exclusive. Il est alors parfaitement possible, pour le juge d'un État membre, de rendre une décision qui aura pour effet d'entraîner l'invalidation d'une inscription sur les registres publics d'un autre État membre, par exemple en raison d'un changement de titulaire du droit de propriété – c'est le cas d'une décision annulant une vente d'immeuble. Dans ces hypothèses, le juge qui statue sur la régularité du droit inscrit ne prétend pas juger de la validité

LGDJ, 2018, 6e éd. n° 116 : la jurisprudence de la Cour de justice à propos des obligations alimentaires qui, comme les registres publics, ne sont mentionnées dans la convention de Bruxelles que pour une règle de compétence particulière (art. 5, 2°), a retenu une interprétation plus large. La seule référence aux obligations alimentaires a provoqué leur inclusion dans le domaine de la convention même lorsque leur source résidait dans des matières exclues de celle-ci. La Cour ne pourrait qu'être fidèle à cette méthode interprétative pour les registres publics). Toutefois, la doctrine majoritaire ne semble pas partager cette opinion, v. Ul. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, éd. Otto Schmidt, 2016, p. 574, note 84.

[227] J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, « Convention de Bruxelles, conventions de Lugano et Règlements (CE) n° 44/2001 et (UE) n° 1215/2012. – Compétence – Compétences exclusives – Compétences en raison de la matière : contrats d'assurance et contrats conclus par les consommateurs », *op. cit.*, p. 25.

[228] V. le rapport de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 14, n° 51.

de l'inscription en tant que telle[229]. La reconnaissance du jugement étranger, entraînera la modification de l'inscription, qui pourra être requise des autorités compétences de l'État d'inscription.

Le rapport Nygh/Pocar, relatif à l'avant-projet de Convention[230] sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté dans le cadre de la Conférence de La Haye, souligne à propos de la compétence exclusive en matière d'inscriptions sur les registres publics qu'il s'agit *« d'une compétence traditionnellement admise, qui se retrouve dans le droit commun de plusieurs États, ainsi que dans d'autres conventions internationales. Cette compétence ne concerne que la validité des inscriptions dans les registres et ne s'étend pas aux effets juridiques de telles inscriptions »*[231].

La deuxième règle de compétence exclusive prévue en matière d'intervention d'autorités publiques, concerne l'exécution des décisions.

II. La compétence exclusive en matière d'exécution des décisions

132. ***La raison d'être de l'article 24 §5 RBI bis***. En vertu de l'article 24 §5 RBI *bis*, les tribunaux de l'État du lieu d'exécution sont seuls compétents pour les mesures d'exécution devant prendre place sur leur territoire. Il s'agit, comme on l'a déjà mentionné, d'une règle de compétence très généralement admise, liée au monopole territorial de la contrainte et illustre l'une des rares hypothèses dans lesquelles le droit international public délimite la compétence des États en droit international privé[232].

[229] Le rapport Jenard (Rapport Jenard, *op. cit*., p. 35) mentionne, toutefois, que la compétence exclusive en matière d'inscription sur les registres publics concerne *« la validité ou les effets des inscriptions sur les registres publics »* ; cette précision est contestable et semble erronée.
[230] L'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale est disponible en ligne, https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf. Selon l'article 12 §3 de l'avant-projet, *« si l'action porte sur la validité ou la nullité des inscriptions sur les registres publics, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel ces registres sont tenus »*.
[231] V. Rapport NYGH/POCAR sur l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, *op. cit*., p. 68. En ce sens, v. aussi le rapport de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit*., p. 14, n° 52. Selon les auteurs, l'exclusion de la matière de validité des inscriptions sur les registres publics du champ d'application de la Convention Jugements, *« ne s'étend pas aux effets juridiques des inscriptions. Ainsi, par exemple, elle ne couvre pas une action contre un tiers, acquéreur d'un immeuble, fondée sur un droit de préemption inscrit au registre foncier. De même, n'est pas exclue non plus une action contre une personne privée fondée sur la nullité du transfert de propriété d'un immeuble, même si la propriété du défendeur est inscrite au registre foncier. Ce jugement ne porte pas sur la « validité de l'inscription » en tant que telle, mais sur la validité du titre de propriété – c'est-à-dire le contrat – à l'origine de cette inscription »*.
[232] V. *supra*, n° 72.

Cette compétence exclusive *« a pour fondement un principe de territorialité : celui de l'intervention des autorités d'exécution. Il semble aussi avoir pour fondement celui de la nécessaire compétence de l'État ayant institué une autorité pour en contrôler l'action »*[233]. Le motif essentiel de la compétence exclusive des tribunaux du lieu d'exécution du jugement est qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel l'exécution forcée est requise d'appliquer les règles concernant l'action, sur ce territoire, des autorités chargées de l'exécution forcée[234].

133. ***L'interprétation stricte du domaine d'application du texte***. Quant au domaine d'application du texte, l'article 24 §5 a été interprété strictement ; il ne concerne que le contentieux relatif à la réalisation des mesures d'exécution. Les tribunaux désignés par l'article 24 §5 sont compétents pour connaître des contestations auxquelles peuvent donner lieu *« le recours à la force, à la contrainte ou à la dépossession de biens meubles et immeubles en vue d'assurer la mise en œuvre matérielle des décisions, des actes »*[235].

Dans son arrêt *Reichert II*[236], la Cour de justice a jugé qu'une action paulienne contestant une donation immobilière n'est pas couverte par l'article 24 §5, même si elle préparait une exécution forcée ultérieure. Selon la Cour, une telle action *« ne vise pas à faire trancher une contestation relative au recours à la force, à la contrainte ou à la dépossession de biens meubles ou immeubles »*[237].

En revanche, l'action en opposition à exécution prévue en droit allemand et ayant pour but d'empêcher le créancier de faire procéder à l'exécution forcée du jugement, relève bien de

[233] G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité des voies d'exécution », *JDI* 2008, p. 963.
[234] CJCE, 26 mars 1992, *Reichert II*, aff. C-261/90, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 714, note B. ANCEL ; *JCP N* 1992, 101611, note E. KERCHOVE, point 26.
[235] Rapport Jenard, *op. cit.*, p. 36.
[236] CJCE, 26 mars 1992, *Reichert II*, aff. C-261/90, *op. cit.*.
[237] *« Une action du type de l'action « paulienne » du droit français a pour objet (...) de protéger le droit de gage du créancier en demandant au juge compétent d'ordonner la révocation à l'égard du créancier de l'acte de disposition passé par le débiteur en fraude de ses droits. Si elle préserve ainsi les intérêts du créancier, en vue, notamment, d'une exécution forcée ultérieure de l'obligation, elle ne vise pas à faire trancher une contestation relative au « recours à la force, à la contrainte ou à la dépossession de biens meubles et immeubles en vue d'assurer la mise en œuvre matérielle des décisions, des actes » et elle n'entre pas, par suite, dans le champ d'application de l'article 16, paragraphe 5, de la convention de Bruxelles »* (point 28 de l'arrêt *Reichert II*).

l'article 16 §5 de la Convention de Bruxelles[238]. Nous allons développer ce point ultérieurement en nous intéressant aussi à d'autres règlements européens[239].

134. ***Le refus d'étendre la compétence exclusive à la question de l'appréciation de la créance fondant la mesure d'exécution***. Plus délicate est la question de savoir si la compétence exclusive de l'article 24 §5 RBI *bis* permet au juge saisi d'apprécier l'existence et l'étendue de la créance fondant la mesure d'exécution sollicitée, comme cela a été le cas en droit national français à l'époque de la jurisprudence *Nassibian*[240].

La Cour de justice, dans son arrêt *Autoteile*[241], a condamné l'extension de la compétence au fond du droit de créance. La Cour a refusé que le juge de l'État membre d'exécution puisse également connaître de la compensation opposée par le défendeur à la procédure d'exécution. Selon la Cour, l'article 16 §5 de la convention de Bruxelles, *« ne permet pas, pour autant, de demander devant les tribunaux de l'État contractant du lieu d'exécution, par la voie d'une action en opposition à exécution, la compensation entre le droit en vertu duquel l'exécution est poursuivie et une créance sur laquelle les tribunaux de cet État contractant ne seraient pas compétents pour statuer si elle faisait l'objet d'une action autonome »* (point 19). Nous allons analyser cette solution plus tard, lorsque nous aborderons la question relative à la portée de l'exclusivité de la compétence juridictionnelle[242].

---

[238] CJCE, 4 juill. 1985, *A.S. Autoteile c/ Malhé*, aff. 220/84, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 147, note E. MEZGER ; *JDI* 1986, p. 449, obs. A. HUET, *« les actions en opposition à exécution, telles qu'elles sont prévues par l'article 767 du Code allemand de procédure civile, relèvent, en tant que telles de la règle de compétence de l'article 16 §5 de la Convention »* (point 12). Selon M. Lopez de Tejada, cette solution doit demeurer valable sous l'empire du RBI *bis*, qui supprime l'*exequatur* en créant une action en opposition à l'exécution, même si le défendeur à la procédure d'exécution, invoque, par la voie de l'action en opposition à exécution, des moyens de défense tenant au fond du litige, c'est-à-dire à l'existence et l'étendue de la créance fondant la mesure d'exécution (M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ 2013, n° 440 et s. et n° 463 et s.).

[239] V. *infra*, n° 235 et s..

[240] Civ. 1re, 6 nov. 1979, n° 77-15.856, *Nassibian*, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 588, note G. COUCHEZ ; *JDI* 1980, p. 95, rapp. A. PONSARD. La Cour de cassation française est revenue sur cette solution dans l'arrêt *Strojexport*, dans lequel elle a jugé que les tribunaux français, saisis afin de statuer sur la validité d'une saisie pratiquée en France, ne peuvent à cette occasion *« se prononcer sur le fond de la créance que si leur compétence est fondée sur une autre règle »* (Civ. 1re, 11 févr. 1997, *Strojexport*, Bull. I, n° 47, p. 30).

[241] CJCE, 4 juill. 1985, *A.S. Autoteile c/ Malhé*, aff. 220/84, *op. cit*. V. aussi, CJUE, 10 juil. 2019, *N. Reitbauer*, Aff. C-722/17, Concl. E. Tanchev : selon cet arrêt *« l'article 24, points 1 et 5, du RBI bis doit être interprété en ce sens que l'action d'un créancier en contestation de l'état de distribution du produit d'une adjudication judiciaire d'un immeuble, tendant, d'une part, à la constatation de l'extinction par compensation d'une créance concurrente, et, d'autre part, à l'inopposabilité de la sûreté réelle garantissant l'exécution de cette dernière créance, ne relève pas de la compétence exclusive des juridictions de l'État membre où l'immeuble est situé ou des juridictions du lieu d'exécution forcée »*.

[242] V. *infra*, n° 228 et s..

135. ***L'exclusion du contentieux de l'autorisation des mesures conservatoires de l'article 24 §5.*** Il importe aussi de souligner que l'article 24 §5 ne s'applique pas pour déterminer la compétence du juge d'un État membre qui se contente de prendre des mesures conservatoires portant sur des biens situés sur le territoire d'un autre État contractant. C'est ce qui résulte des arrêts *De Cavel* et *Denilauler*[243] de la CJUE. Autrement dit, le contentieux de l'autorisation des mesures conservatoires échappe à la compétence exclusive des tribunaux du lieu d'exécution de la mesure.

Toute juridiction, compétente sur le fondement d'un critère ordinaire, peut autoriser une mesure conservatoire, qui est susceptible d'être exécutée à l'étranger[244]. Le fait d'autoriser une telle mesure sur des biens situés à l'étranger ne porte pas atteinte à la souveraineté de l'État requis de l'exécution, puisqu'elle n'a pas pour objet la mise en œuvre d'une contrainte matérielle dans cet État ; autrement dit, il n'implique pas d'immixtion dans l'action des organes étrangers chargés de l'exercice de la coercition. Comme le constate L. d'Avout, *« le caractère prescriptif de la mesure n'est cependant pas en lui-même cause d'illicéité, dès lors que la mesure est en principe privée de tout effet, sans l'accord de l'État requis. Sans décision souveraine de collaboration, la prescription reste purement platonique, sans aucune incidence sur la réalité »*[245].

En outre, les jugements portant sur une demande d'autorisation de procéder à une mesure conservatoire bénéficient aujourd'hui d'une circulation libre au sein de l'espace judiciaire européen sans besoin d'*exequatur*, qui a été supprimé par le RBI *bis*.

---

[243] CJCE, 27 mars 1979, aff. 143/78, *De Cavel* : *D*. 1979, inf. rap. p. 457, obs. B. AUDIT ; JDI 1979, p. 681, note A. HUET ; Rev. crit. DIP 1980, p. 621, note G. DROZ ; CJCE, 21 mai 1980, aff. 125/79, *Denilauler*, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 787, note E. MEZGER ; JDI 1980, p. 939, obs. A. HUET ; *D.* 1981, inf. rap. p. 158, obs. B. AUDIT. Dans ces affaires, la Cour de justice n'a élevé aucune objection aux mesures conservatoires ordonnées par le juge français sur des biens situés en Allemagne (le juge français a ordonné l'apposition de scellés sur des biens situés en Allemagne et leur saisie dans l'arrêt *De Cavel* alors que dans l'arrêt *Denilauler* il a ordonné la saisie-conservatoire sur un compte bancaire tenu en Allemagne). L'arrêt *Van Uden* a aussi établi que le juge compétent au fond selon le droit judiciaire européen peut autoriser ou prononcer une mesure conservatoire sans aucune condition de territorialité (CJUE, 17 nov. 1998, *Van Uden*, aff. C-391/95, *JDI* 1999, p. 621, note A. HUET, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 340, note J. NORMAND).

[244] Il faut mentionner la reconnaissance en France de l'injonction *Mareva* de *common law* qui a une nature personnelle et est assimilée à une mesure conservatoire – contrairement à la saisie conservatoire française, cette injonction ne rend pas les biens du débiteur indisponibles, mais impose à ce dernier une obligation de ne pas amoindrir son patrimoine. Il s'agit d'une mesure conservatoire à effet extraterritorial, Civ. 1ère, 30 juin 2004, *Stolzenberg*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2005, p. 112, note G. CUNIBERTI ; D. 2004, p. 2743, note N. BOUCHE.

[245] L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens, op. cit*., n° 182 et s..

Conclusion du Chapitre I

136. Dans ce premier chapitre, nous avons étudié la notion de *« compétence exclusive »* en droit international privé et nous avons essayé d'identifier ce type de règles de compétence établies en matière civile et commerciale en droit national – en distinguant les droits de tradition romano-germanique et les droits de *common law* – ainsi qu'en droit international.

Par la suite, l'accent a été mis sur les arguments avancés afin de justifier l'édiction des fors exclusifs, à savoir la protection de la souveraineté étatique ainsi qu'une série de considérations privatistes de commodité procédurale. Enfin, nous avons jugé utile d'examiner les spécificités propres à chacune des règles de compétence exclusive prévues en matière civile et commerciale à l'article 24 RBI *bis*, dans la mesure où cette disposition a un champ d'application particulièrement étendu et affecte le droit national des États membres, dont le domaine d'application reste très résiduel. En effet, les compétences exclusives établies par le droit national des États membres ne peuvent être prises en compte dans les relations intra-européennes, en raison de l'existence de la liste exhaustive des compétences exclusives de l'article 24 RBI *bis*.

Chapitre II - La remise en question des fondements des compétences exclusives

137. Néanmoins, les fondements des règles de compétence exclusive ne sont pas à l'abri de tout reproche. Malgré les arguments qui sont avancés afin d'expliquer l'édiction des fors exclusifs, force est de constater que ces règles de compétence font aujourd'hui l'objet d'un mouvement de contestation, comme en témoignent surtout les travaux de D. P. Fernández Arroyo.

Selon cet auteur, l'acceptation des fors exclusifs est fondée plutôt *« sur la tradition et une certaine conception de la souveraineté que sur un raisonnement juridique »*[246]. La justification de certaines de ces règles de compétence repose sur des arguments faibles, vaguement liés à la souveraineté. D. P. Fernández Arroyo parle des *« fors égoïstes et non coopératifs incompatibles avec les fondements du droit international privé et inopportuns dans un système fondé sur la confiance mutuelle et la coopération [comme est censé être le système juridictionnel européen] »*[247]. Il convient, alors, maintenant de s'intéresser à la faiblesse de ces arguments invoquées sur le plan théorique et pratique.

138. Nous allons étudier, dans ce chapitre, la faiblesse des arguments soulevés afin de justifier les règles de compétence exclusive, c'est-à-dire l'argument tiré de la protection de la souveraineté étatique (Section I) et les considérations pratiques, qui sont également invoquées pour fonder ces règles (Section II). Il nous semble important de nous intéresser aux matières visées par les compétences exclusives prévues dans le système européen, puisque ce dernier occupe une place importante contrairement au droit national, dont le domaine d'application – en matière de compétences exclusives – reste très résiduel.

[246] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, op. cit.*, p. 33 et s.
[247] *Ibid*.

Section I : La faiblesse de l'argument tiré de la protection de la souveraineté étatique

139. Dans un premier temps, nous examinerons la faiblesse de l'argument fondé sur la protection de la souveraineté étatique dans les différentes matières visées par les règles de compétence exclusive, à savoir la matière immobilière, la matière de propriété intellectuelle, de sociétés, ainsi que d'exécution des décisions (§1). Il sera, par la suite, intéressant de voir que les États ont renoncé à exercer leur compétence juridictionnelle dans certaines matières traditionnellement liées à l'idée de la souveraineté étatique (§2) ; cette remarque nous permet de penser que même si une matière est imprégnée de l'idée de la souveraineté étatique, la consécration d'une règle de compétence juridictionnelle exclusive n'est pas nécessaire.

§1 La faiblesse de l'argument fondé sur la protection de la souveraineté étatique dans les différentes matières visées par les règles de compétence exclusive

140. La protection de la souveraineté étatique semble être un argument faible à justifier les compétences exclusives dans certaines matières visées, à savoir la matière de propriété (I), la matière de sociétés et celle d'exécution des décisions (II). Il faut rappeler que la souveraineté étatique se manifeste de manière variée selon les cas de compétence exclusive, et elle englobe, comme nous l'avons déjà expliqué[248], le fonctionnement des services publics.

I. La faiblesse de l'argument tiré de la protection de la souveraineté en matière de propriété

141. Il faudra étudier de façon distincte la faiblesse de l'argument fondé sur la protection de la souveraineté, en matière immobilière, d'une part (A), et en matière de propriété intellectuelle, d'autre part (B).

A. La faiblesse de l'argument tiré de la protection de la souveraineté en matière immobilière

142. ***L'insuffisance de l'argument fondé sur la protection de la souveraineté territoriale***. L'idée d'un recours à la notion de souveraineté afin de justifier la règle de compétence exclusive

[248] V. *supra*, n° 76 et s..

en matière immobilière ne paraît pas très convaincante. En effet, en matière immobilière, la souveraineté n'est pas un argument valable, *« sauf si l'on reste ancré dans une conception médiévale d'identification de la souveraineté à un territoire et de la propriété de celui-ci par le souverain. […] En aucune façon la souveraineté territoriale n'exige que les questions telles que la constitution ou la modification des droits réels soient soumises impérativement à la loi et au juge nationaux »*[249]. Ainsi que le remarque L. Usunier[250] dans sa thèse, il est difficile de considérer que le simple fait pour le juge d'un État de trancher un litige portant sur le statut d'un immeuble sis dans un autre État porte atteinte à la souveraineté de ce dernier, car la décision ne fait que statuer sur des rapports de pur droit privé, sans altérer la substance même du territoire de l'État du *situs*.

En France, aucun contrôle n'est exercé par le conservateur des hypothèques sur la validité des actes soumis à la publicité foncière et sur la réalité des droits du requérant. Il est alors permis de considérer que le juge étranger statuant sur le sort d'un immeuble situé en France ne s'immisce pas dans le fonctionnement d'un service public français. Comme le souligne l'auteure[251], *« l'exclusivité de la compétence du juge français du lieu de situation de l'immeuble, ne semble indispensable, car s'il apparaît, lors de l'instance indirecte, qu'un juge étranger, a statué sur le sort d'un immeuble sis en France en application de la loi française de situation de l'immeuble, sa décision pourrait être reconnue et exécutée en France sans que la souveraineté ni les intérêts fondamentaux de l'État français ne soient atteints ».*

143. Il faut, toutefois, noter qu'il est des droits, comme le droit allemand[252], où la publicité foncière est placée sous la responsabilité d'une autorité administrative ou judiciaire qui exerce un contrôle préalable de la validité des inscriptions. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner[253], une des raisons qui ont conduit à l'adoption de la compétence exclusive en matière immobilière dans le système européen (article 24 §1 RBI *bis*), a été, effectivement, le fait que le caractère exclusif du for de la situation de l'immeuble était reconnu de façon expresse dans la législation de certains États membres, à savoir l'Allemagne et l'Italie.

---

[249] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, op. cit.*, p. 86. D. Holleaux remarque également qu'en matière immobilière, la référence à la notion de souveraineté est *« un peu archaïque »* (D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, op. cit*., n° 379, p. 347).
[250] L. USUNIER, *La régulation…op. cit*., p. 273 et s.
[251] *Ibid.*, Rappr. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, n° 193.
[252] S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du DIP*, LGDJ, Paris 2003, n° 81 et s. ; M. SCHERER, *Le nom en DIP*, LGDJ, Paris, 2004, n° 350.
[253] V. *supra*, n° 91.

Cependant, cet argument semble insuffisant pour justifier l'édiction de la compétence exclusive, car rien ne permet de faire primer, à propos de la matière immobilière, les conceptions allemande et italienne sur celle des autres États membres. Rien n'a obligé de généraliser l'exclusivité prévue expressément, dans cette matière, seulement dans la législation de ces deux États au lieu de préférer le silence présent dans les autres États membres[254]. Cette justification *« représente exactement le contraire de ce que l'on peut attendre de l'explication des solutions adoptées dans un traité. Les conventions internationales devraient servir à améliorer le statu quo, non à pétrifier ses pires éléments »*[255].

144. ***Le déclin de la prépondérance du lieu de situation de l'immeuble en matière successorale***. Il est, par ailleurs, intéressant de noter le déclin de la prépondérance du lieu de situation de l'immeuble qui se manifeste en matière de successions immobilières dans le cadre européen. Le règlement européen du 4 juillet 2012 consacre à son article 4 la compétence des tribunaux de l'État de la dernière résidence habituelle du défunt pour l'ensemble de la succession, que celle-ci porte sur des biens meubles ou immeubles et que ces biens soient situés sur le territoire d'un même État ou non[256].

Le texte a opté pour cette solution au lieu d'établir une compétence exclusive au profit des tribunaux de l'État de la situation des immeubles, comme c'est le cas en droit international privé français[257]. Le même rattachement, la résidence habituelle, est retenu également en matière de conflit de lois, sans distinguer selon la nature des biens (article 21 du règlement).

Néanmoins, s'agissant de la compétence juridictionnelle, le règlement retient implicitement une dérogation à la compétence générale du for de la résidence habituelle. Il semble admettre

---

[254] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, p. 86.
[255] *Ibid*.
[256] Règlement n° 650/2012/UE du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Le règlement est applicable aux successions ouvertes à compter du 17 août 2015.
[257] Le droit français connaît une dualité des solutions en matière successorale – la succession mobilière relève de la compétence du for du domicile du défunt (article 45 Code de procédure civile) ou du for de la nationalité (articles 14 et 15 du Code civil) alors que la succession immobilière relève à la compétence exclusive des juridictions de l'État de situation de l'immeuble. La même dualité se rencontre en matière de conflit de lois – les successions immobilières sont rattachées à la *lex rei sitae* (Cass. civ., 14 mars 1837, *Stewart*, *S.* 1837. 1. 95, *DP* 1837. 1. 275, *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, n° 3) et la succession mobilière est soumise à la loi du dernier domicile du défunt (Cass. civ., 19 juin 1939, *Labedan*, *S.* 1940. 1. 49, note NIBOYET, *Rev. crit.* 1939. 481, note NIBOYET, *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, n° 18).

la compétence des tribunaux de l'État membre de situation du bien pour prendre des mesures relatives à l'inscription dans un registre d'un droit immobilier, lorsque la loi de cet État membre exige l'intervention de ses juridictions (considérants 18 et 19 du règlement). Cette dérogation résulte aussi du fait de l'exclusion du domaine du règlement de l'inscription dans un registre de droits immobiliers (article 1 §2 l))[258]. En outre, les conditions légales et les modalités de l'inscription prévues par la *lex rei sitae* doivent être respectées (considérant 18).

145. Il importe de souligner que le règlement prévoit une innovation majeure, le certificat successoral européen[259], ayant pour but de faciliter les opérations successorales, qui devront se dérouler dans divers États membres. Il s'agit d'un document, délivré dans l'État membre dont les juridictions sont compétentes en vue d'être utilisé dans un autre État membre, faisant foi établissant la qualité d'héritier et les pouvoirs d'administration et de liquidation de la succession. Ce document sera valable pour l'inscription d'un bien successoral immobilier dans le registre pertinent d'un État membre, à condition qu'il respecte la règle de la loi du lieu de situation du bien[260] (considérant 68 du règlement).

La proposition de règlement du 14 octobre 2009 était plus claire sur ce point, attribuant à son article 9 compétence aux tribunaux de l'État membre de situation d'un bien *« pour prendre des mesures relevant du droit réel relatives à la transmission de ce bien, son enregistrement ou son transfert dans un registre de publicité »* et retenant à son article 21 §1 l'application de la loi du lieu de situation d'un bien lorsque celle-ci prescrit des formalités ultérieures à celles prescrites par la loi applicable à la succession[261].

---

[258] V. sur ce point, P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 691, n° 13. Concernant l'hypothèse où l'immeuble est situé sur le territoire d'un État tiers, l'article 12 du règlement permet au juge saisi de la succession de ne pas statuer sur un ou plusieurs biens de la succession situés dans un État tiers, s'il est prévisible que sa décision ne serait pas reconnue dans cet État tiers.

[259] V. articles 62 à 73 du règlement n° 650/2012/UE du 4 juillet 2012.

[260] V. sur ce point, P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *op. cit*, n° 40 ; S. GODECHOT-PATRIS, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes.. », *D.* 2012, p. 2462.

[261] V. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, article 9 : *« Lorsque la loi de l'État membre du lieu de situation d'un bien exige l'intervention de ses juridictions pour prendre des mesures relevant du droit réel relatives à la transmission de ce bien, son enregistrement ou son transfert dans le registre de publicité, les juridictions de cet État membre sont compétentes pour prendre de telles mesures »*. La proposition justifie cette compétence par l'existence de « liens étroits entre le statut successoral et le statut réel qui nécessitent une compétence exceptionnelle des juridictions de l'État membre du lieu de situation d'un bien lorsque la loi de ce dernier État membre exige l'intervention de ses juridictions. Article 21 §1 *« La loi applicable à la succession ne fait pas obstacle à l'application de la loi de l'État du lieu de situation du bien dans la mesure où celle-ci, pour l'acceptation de la succession ou d'un legs ou la renonciation à ceux-ci, prescrit des formalités ultérieures à celles prescrites par la loi applicable à la succession »*.

Nous allons étudier, plus tard, une solution analogue qui a été adoptée en droit international privé français en matière de successions internationales[262]. Selon la jurisprudence française[263], le juge français pouvait, sous certaines conditions, connaître de la dévolution et du partage de la succession dans son ensemble, même si celle-ci comprend un immeuble situé à l'étranger. Pourtant, la mise en œuvre concrète du transfert de propriété de l'immeuble relève de la compétence du juge étranger de situation de l'immeuble et exige le respect de la *lex rei sitae*.

La protection de la souveraineté semble également faible pour justifier la règle de compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle.

B. La faiblesse de l'argument tiré de la protection de la souveraineté en matière de propriété intellectuelle

146. ***La faiblesse de la justification de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle***. De la même façon, en matière de propriété intellectuelle, la compétence exclusive, et plus largement le principe de la territorialité des droits de propriété intellectuelle, sont aussi contestés, comme étant inadaptés au monde économique contemporain.

La justification de la règle de compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle tient à l'étroitesse du lien qui unit le litige à l'État dont les juridictions sont désignées et notamment au principe de la territorialité des marques et brevets. Selon ce principe, les droits conférés par ces titres sont limités au territoire de l'État où la marque a été enregistrée ou le brevet délivré. Ainsi, la règle de compétence exclusive est surtout justifiée par le fait de l'intervention de l'autorité publique dans la délivrance et l'enregistrement du titre. L'octroi du titre par l'État est considéré comme un acte de souveraineté et ne peut être remis en cause par un juge étranger.

Cette approche est, toutefois, contestable, dans la mesure où nous pouvons considérer que la délivrance du titre de propriété intellectuelle, c'est-à-dire l'acte par lequel l'État intervient dans la reconnaissance du droit, n'est pas attributive mais déclarative de droit. *« La naissance*

---

[262] V. *infra*, n° 371 et s..

[263] Civ. 1ère, 23 juin 2010, *Tassel*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 53, note B. ANCEL ; *JDI* 2010, p. 1263, note H. PEROZ ; *D*. 2010, p. 2955, note L. D'AVOUT ; *JCP* 2010, no 748, obs. E. CORNUT ; *JCP N* 2010, no 1308, obs. A. DEVERS ; *Gaz. Pal*. 2010, p. 13, avis P. CHEVALIER ; *Defrénois* 2010, no 1805, note P. CALLÉ ; *Dr. et pat*. 2010, no 198, p. 118, obs. M.-E. ANCEL.

du droit doit être directement associée à l'acte de dépôt d'une demande, qui n'est rien d'autre que l'acte d'un particulier »[264]. J.-M. Mousseron analyse, également, le dépôt de la demande de brevet en un acte juridique unilatéral d'appropriation d'un bien sans maître[265].

147. Comme le souligne J. Raynard[266], *« cette observation rapporte le dépôt de brevet et l'acte de naissance de ce droit à un acte de droit privé, exclusif de toute intervention de puissance publique. Nier la validité du brevet revient à déclarer la demande infondée, on ne discerne nul acte de souveraineté, la compétence exclusive du juge du pays pour lequel le titre est délivré pour statuer sur la validité ne peut donc s'autoriser d'un quelconque contrôle des actes de la puissance publique ».*

La délivrance et l'enregistrement du titre constituent finalement des actes formels ayant une valeur déclarative permettant de vérifier que les conditions matérielles de la protection sont remplies. Même si nous considérons que l'administration, qui a délivré le titre, a joué un rôle dans son octroi en procédant à un examen préalable, il est permis de douter, qu'un jugement étranger supposé identique à celui qu'aurait rendu le juge du pays de délivrance à propos de la validité du titre soit, malgré le rôle des pouvoirs publics en cette matière, un attentat intolérable contre les prérogatives du for[267].

Dans cette optique, il nous semble important de rappeler[268] que la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale de 2019 n'a pas repris une disposition proposée dans le cadre du projet de Convention de 2018, laquelle prévoyait un chef indirect de compétence exclusive pour les jugements portant sur la validité du titre de propriété intellectuelle en admettant leur reconnaissance et exécution uniquement s'ils ont été rendus par l'État d'enregistrement. La Convention finalement conclue

---

[264] J. RAYNARD, « L'exclusivité du juge du titre », in *Droit international privé et propriété intellectuelle : un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, C. Nourissat et E. Treppoz (dir.) 2010, p. 181.
[265] J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, thèse LGDJ 1961 ; *Traité des brevets*, Litec 1984, n° 541 et s., p. 521 et s.
[266] J. RAYNARD, « L'exclusivité du juge du titre », *op. cit.*.
[267] En ce sens, D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, *op. cit.*, p. 352, n° 382. L'auteur se réfère à la compétence des tribunaux français en matière de validité des brevets français. V. aussi A. SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse, Strasbourg, 1980, p. 707 : la compétence exclusive [de l'article 16 §4 de la Convention de Bruxelles] n'est pas subordonnée au contrôle préalable de l'administration. Cependant en visant le territoire sur lequel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, la Convention entend tenir compte des législations allemandes et néerlandaises qui subordonnent l'enregistrement d'un brevet au résultat d'un examen d'antériorité.
[268] V. *supra*, n° 65.

a exclu la matière de propriété intellectuelle de son champ d'application et a préféré de ne pas protéger la compétence exclusive de l'État d'enregistrement du titre sur les questions de validité du droit en cause.

148. ***L'altération du principe de souveraineté par le principe de proximité***. Il est intéressant de mentionner, ici, que selon B. Ubertazzi[269], nous pouvons transposer à la matière de propriété intellectuelle le raisonnement de P. Lagarde relatif à l'altération du principe de souveraineté par le principe de proximité[270].

P. Lagarde constate, dans son cours à La Haye, qu'il y a un pluralisme des fondements des règles de conflits de lois et de juridictions. Ces dernières peuvent, en effet, être fondées sur le principe de proximité mais aussi sur des principes concurrents, comme le principe de souveraineté, lequel justifie des règles de conflit dans des domaines où la présence des intérêts étatiques est forte. Néanmoins, progressivement, l'intervention étatique dans ces matières devient moins importante et apparaît une *« défaillance de facteur de rattachement »*. Dans ce cas, il est urgent d'adopter un critère de rattachement fondé sur le principe de proximité ; ainsi, les règles de conflit initialement fondées sur le principe de souveraineté vont finalement reposer sur le principe de proximité[271].

Il est vrai que P. Lagarde raisonne à partir du statut personnel, mais B. Ubertazzi[272] propose d'étendre sa théorie à la matière de propriété intellectuelle. À l'origine, les droits de propriété intellectuelle étaient censés être strictement liés à la souveraineté de l'État de la délivrance ou de l'enregistrement du titre et le principe de territorialité justifiait la compétence exclusive en la matière – l'octroi du titre par l'État était considéré comme un acte de souveraineté. Pourtant, comme nous l'avons constaté, cette conception des droits de propriété intellectuelle est remise en cause ; les titres de propriété intellectuelle peuvent être considérés comme des droits privés, exclusifs de toute intervention de puissance publique et non pas comme étant liés à la souveraineté étatique. Par conséquent, le principe de souveraineté ne peut plus fonder la règle

[269] V. B. UBERTAZZI, *Exclusive jurisdiction in intellectual property*, Mohr Siebeck, 2012.
[270] P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé*, RCADI, 1986, vol. 196, p. 66 et s.
[271] P. Lagarde, *op. cit.*, p. 66 et s. Comme le relève E. Pataut dans sa thèse, *« lorsque les considérations de localisation, de proximité, devenaient majoritaires, la solution de la compétence exclusive devait être évitée »*. Dans ce cas, il faut établir le contrôle de la loi appliquée par le tribunal étranger, afin de compenser l'abandon de la compétence exclusive du for (E. PATAUT, *Principe de souveraineté…, op. cit.*, § 665 et s.).
[272] B. UBERTAZZI, *Exclusive jurisdiction in intellectual property, op. cit*.

de compétence en matière de leur validité et il doit être remplacé par le principe de proximité. Dans cette hypothèse, la compétence exclusive doit être convertie en compétence concurrente.

En dehors de règles de compétence exclusive prévues en matière de propriété, la protection de la souveraineté étatique semble aussi être un argument insuffisant pour justifier les autres fors exclusifs.

II. La faiblesse de l'argument tiré de la protection de la souveraineté dans les autres matières visées par les règles de compétence exclusive

149. Nous allons poursuivre l'étude de l'affaiblissement de l'argument fondé sur la protection de la souveraineté, qui est avancé afin de justifier les règles de compétence exclusive, en nous intéressant à la matière de sociétés (A) et à la matière d'exécution des décisions (B). Il faudra, également, faire une remarque, à propos de la compétence exclusive en matière d'inscriptions sur des registres publics, qui ne semble pas faire l'objet de contestation (C).

A. La faiblesse du principe de souveraineté en tant que fondement de la compétence exclusive en matière de sociétés

150. ***L'insuffisance de l'argument tiré de la protection de la souveraineté de l'État du siège de la société***. Nous pouvons en douter que la compétence exclusive prévue en matière sociétaire se fonde véritablement sur la nécessaire protection de la souveraineté ou des intérêts fondamentaux de l'État du siège de la société. En effet, l'enregistrement des personnes morales témoigne rarement de leur validité et si la validité des sociétés implique des enjeux d'ordre public économique, ces enjeux ne sont pas nécessairement plus forts pour l'État du siège de la société que pour les États où la société a des établissements.

À l'heure de la mondialisation des échanges économiques, le lien entre une société et l'État de son siège devient distendu, dans la mesure où de nombreuses sociétés déploient des activités dans de multiples États et l'État de leur siège n'est pas forcément le plus intéressé par ces activités.

151. Il est courant, aujourd'hui, que ces sociétés multinationales établissent leur siège statutaire dans un État, qui ne correspond pas à celui où elles exercent l'essentiel de leurs

activités mais leur offre des divers avantages supérieurs à ceux que leur offrirait l'État avec lequel elles entretiennent des liens objectivement plus étroits. Par conséquent, si les intérêts économiques de l'État du siège – notamment celui du siège statutaire – sont en cause lorsqu'un litige survient relativement à la validité d'une société ayant son siège en son sein, rien ne permet de considérer que cet État est celui dont les intérêts économiques sont le plus fondamentalement affectés par le sort de la société[273].

Par ailleurs, même si la création d'une personne morale va entraîner l'inscription de celle-ci sur un registre public, le fonctionnement de ce registre engage moins directement la souveraineté de l'État au sein duquel il est tenu que d'autres registres publics. En effet, *« l'enregistrement des statuts d'une personne morale ne garantit jamais la validité de celle-ci – à la différence de l'enregistrement des droits réels immobiliers dans certains pays, par exemple – et il donne généralement lieu à un contrôle de pure forme. Le registre peut d'ailleurs être tenu par un organisme privé chargé par l'État d'une mission de service public, comme c'est le cas en France pour le registre du commerce et des sociétés »*[274].

152. ***L'absence de lien entre la « protection de la souveraineté étatique » et la « validité des décisions des organes sociaux ».*** En ce qui concerne la matière sociétaire, il convient aussi d'ajouter que l'idée d'une protection de la souveraineté étatique se comprend beaucoup moins à l'égard de la question qui porte sur la validité des décisions des organes sociaux. Ces dernières ne sont pas imputables au fonctionnement d'un service public, puisqu'elles ne font pas l'objet des mesures de transcription sur un registre.

Il est important de noter que selon le rapport Nygh/Pocar relatif à l'avant-projet de Convention[275] sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, établi en 1999 dans le cadre de la Conférence de la Haye, *« si à propos des actions portant sur la personne morale elle-même l'attribution d'une compétence exclusive ne soulevait pas de problèmes graves, la Commission spéciale a beaucoup hésité avant de prévoir une compétence exclusive pour les actions concernant les organes de la personne morale. L'opportunité d'une compétence exclusive a enfin été retenue, dans le but d'éviter une pluralité de fors en la matière*

[273] L. USUNIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale », *op. cit*., fasc. 584-160, p. 5 et 34 s.
[274] *Ibid*, p. 34.
[275] Selon l'article 12 §2 de l'avant-projet de Convention *op.cit*., *« Si l'action porte sur la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale ou la validité ou la nullité des décisions de ses organes, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dont la loi régit la personne morale ».*

et de parvenir à une meilleure sécurité juridique, étant entendu cependant que la règle doit être interprétée d'une manière stricte, qui évite que des actions portant sur les conséquences d'une décision de la personne morale puissent tomber sous l'empire de la règle »[276].

153. Il faudrait peut-être voir dans cette règle de compétence, une règle essentiellement fondée sur des considérations pratiques de sécurité des transactions, étant donné que la centralisation du litige dans l'État du siège permettrait d'éviter le risque des décisions inconciliables. Comme l'a justement relevé L. Usunier, la compétence exclusive de l'article 24 §2 *« est une compétence exclusive moins forte, car moins directement irriguée par des considérations de souveraineté que les autres compétences exclusives »*[277].

Elle peut être invoquée de mauvaise foi par des personnes morales, dans le cadre d'un litige contractuel, afin d'échapper au juge normalement compétent – c'était le cas dans l'arrêt *BVG* que nous avons examiné auparavant[278], dans lequel la société défenderesse a invoqué la compétence exclusive du juge de son siège en se fondant sur la nullité de la décision prises par ses organes ayant conduit à la conclusion du contrat litigieux. Nous pouvons alors nous demander si la compétence exclusive en matière de sociétés ne doit pas être opposable aux seuls membres de la société, pour les litiges internes, du moins lorsque est en cause la validité d'une décision prise par ses organes, plutôt que la validité de la société elle-même[279].

Le principe de souveraineté en tant que fondement de la compétence exclusive subit également un affaiblissement en matière d'exécution des décisions.

---

[276] V. Rapport NYGH/POCAR, *op. cit*, p. 68. Dans le même sens, C. KESSEDJIAN, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 8 de novembre 1997), *op. cit*., n° 29 : *« on pourrait ne pas inclure dans la compétence exclusive les actions relatives aux décisions des organes de la personne morale ou, plus généralement, à la gestion administrative de cette personne morale, dont on peut penser, la plupart du temps, qu'elles seront en réalité des actions entre actionnaires ou entre une catégorie d'actionnaires et la personne morale elle-même »*.

[277] L. USUNIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale », *op. cit*., fasc. 584-160, p. 23.

[278] V. *supra*, n° 116.

[279] En ce sens, L. USUNIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale », *op. cit*., fasc. 584-160, p. 23.

B. L'affaiblissement du principe de souveraineté en tant que fondement de la compétence exclusive en matière d'exécution des décisions

154. Concernant la compétence exclusive en matière d'exécution des décisions, le principe de souveraineté se manifeste à travers le principe de la territorialité des voies d'exécution. Cette règle de compétence est justifiée par la souveraineté de l'État sur son propre territoire pour y effectuer des actes matériels de contrainte. Toutefois, nous allons voir que le principe de la territorialité des voies d'exécution ne semble plus aussi incontestable qu'auparavant (1). Par ailleurs, les mesures d'exécution ne sont plus exclusivement des institutions prévues par le droit interne des États ; l'Union européenne a instauré une mesure d'exécution internationale (2).

1. La contestation du principe de la territorialité des voies d'exécution

155. ***L'affaiblissement du principe de la territorialité des voies d'exécution en droit européen – le contentieux de l'autorisation des mesures conservatoires.*** Ainsi que nous l'avons déjà souligné[280], en droit européen, le contentieux de l'autorisation des mesures conservatoires échappe à la compétence exclusive des juridictions du lieu d'exécution de la mesure prévue à l'article 24 §5 RBI *bis*. Le juge d'un État membre compétent au fond, peut, alors, ordonner une telle mesure, portant sur des biens situés dans un autre État membre[281]. Les saisies conservatoires paraissent pouvoir échapper au dogme de la territorialité absolue des voies d'exécution[282]. Nous sommes, alors, en présence, des mesures conservatoires à effet extraterritorial.

Il est intéressant de noter que la Cour de justice, dans ses arrêts relatifs à l'article 24 §5 RBI *bis*[283], ne mentionne à aucun moment le lieu de situation des biens sur lesquels l'exécution est poursuivie. Nous pouvons considérer qu'elle ne voit pas dans la compétence de cet article une protection de la souveraineté des États sur le territoire desquels une exécution serait poursuivie depuis l'étranger. Elle condamne, seulement, l'extraterritorialité de l'intervention des organes

[280] V. *supra*, n° 135.
[281] CJCE, 27 mars 1979, aff. 143/78, *De Cavel*, *op. cit.* ; CJCE, 21 mai 1980, aff. 125/79, *Denilauler*, *op.cit. ;* CJUE, 17 nov. 1998, *Van Uden*, aff. C-391/95, *op. cit.*. Selon l'arrêt *Van Uden*, la juridiction d'un État membre non compétente au fond peut ordonner des mesures provisoires ou conservatoires prévues par sa loi nationale mais la Cour exige un lien de rattachement réel entre l'objet de la mesure sollicitée et la compétence territoriale du juge saisi (point 40). La Cour subordonne aussi la compétence au provisoire du juge saisi à la nature réversible de la mesure, si le défendeur n'obtient pas gain de cause (point 47).
[282] G. CUNIBERTI, « Conditions et régime de l'exception de connexité internationale », *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 42.
[283] CJCE, 4 juill. 1985, *A.S. Autoteile c/ Malhé*, aff. 220/84, *op. cit.* ; CJCE, 26 mars 1992, *Reichert II*, aff. C-261/90, *op. cit.*.

d'exécution. Il serait, ainsi, possible qu'un organe donné, procède à une mesure d'exécution sur un bien situé sur un territoire étranger, à condition que cet organe ne se rende pas en territoire étranger[284].

156. Le principe de la territorialité des voies d'exécution ne concerne que les seules interventions matérielles des autorités d'exécution et la compétence exclusive de l'État pour s'auto-organiser et effectuer des actes matériels de contrainte sur son territoire ; il n'interdit pas d'accepter de tenir compte d'ordres provenant d'organes étrangers. Comme le précise G. Cuniberti, la compétence exclusive de l'État pour s'auto-organiser ne doit pas être comprise comme interdisant aux organes étatiques de recevoir d'ordres provenant de l'étranger, puisque l'ordre étranger est pris en compte à travers la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Il n'y a aucune raison de limiter cette règle de reconnaissance et exécution à certains types de jugements et exclure ceux prononçant une voie d'exécution[285].

Il est, ici, intéressant de noter la reconnaissance par l'ordre juridique français de l'injonction *Mareva* de *common law*, qui a une nature personnelle et est assimilée à une mesure conservatoire. Contrairement à la saisie conservatoire française, l'injonction *Mareva* ne rend pas les biens du débiteur indisponibles, mais impose à ce dernier une obligation de ne pas amoindrir son patrimoine, afin d'empêcher que le débiteur n'organise son insolvabilité. Selon la Cour de cassation, l'interdiction faite à la personne de disposer de ses biens *« ne saurait porter atteinte (…) ni même indirectement, à une prérogative de souveraineté étrangère et, notamment n'affecte pas (…) la compétence juridictionnelle de l'État requis »*[286]. Cette solution répond à *« l'objectif de collaboration internationale que la rapidité des échanges rend aujourd'hui indispensable, sous peine de faire perdre à ces mesures toute leur efficacité »*[287].

157. Les décisions se prononçant sur une demande d'autorisation de procéder à une mesure conservatoire bénéficient d'une circulation au sein de l'espace judiciaire européen et elles ont

[284] G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité… », *op. cit.*, n° 57.
[285] G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires…, op. cit.* n° 16 et s. L'auteur démontre, dans sa thèse, que le droit international public ne s'oppose pas au prononcé des mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger. Le droit international public s'oppose, seulement, à l'intervention matérielle à l'étranger et non au prononcé d'une mesure conservatoire à effet extraterritorial. Rendre une décision de justice constitue une opération intellectuelle qui ne peut se matérialiser que par le biais de son exécution ; seule cette dernière peut être matérielle.
[286] Civ. 1re, 30 juin 2004, *Stolzenberg*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2005, p. 112, note G. CUNIBERTI ; D. 2004, p. 2743, note N. BOUCHE.
[287] M.- L. NIBOYET, « L'injonction Mareva s'introduit en France (suite et fin de l'affaire Stolzenberg) », *Gaz. Pal.* 15.01.2005, n° 015, p. 28.

une autorité de chose jugée. En effet, la mesure prise par le juge étranger, compétent au fond, doit déployer dans l'État requis les mêmes effets qu'elle a dans l'État d'origine et se trouve alors revêtue dans les autres États membres de l'autorité de la chose jugée. Cette autorité peut interdire à un juge français d'autoriser une mesure conservatoire après qu'un juge étranger ait rejeté la même demande. Elle empêche ainsi que le juge national soit saisi d'une demande tendant à obtenir des mesures identiques à celles demandées aux juridictions de l'État membre d'origine[288].

Quant à l'injonction *Mareva*, il faut observer que le juge français permet au créancier, muni de cette injonction, qui s'opère *in personam*, d'obtenir des mesures conservatoires *in rem* françaises. L'autorité de la chose jugée du jugement étranger ordonnant l'injonction *Mareva* ne fait pas obstacle au prononcé de la saisie conservatoire française, étant donné que les deux mesures ont des objets différents – la saisie conservatoire française rend les biens du débiteur indisponibles alors que l'injonction *Mareva* impose à ce dernier une obligation de ne pas amoindrir son patrimoine sans rendre ses avoirs inaliénables[289].

---

[288] Com. 8 mars 2011, n° 09-13.830, *D.* 2012. 1228, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 277, étude M. NIOCHE. La Cour de cassation a jugé qu'une décision grecque refusant d'autoriser une saisie conservatoire pratiquée sur un navire devait être reconnue en France et interdisait au juge français d'autoriser la saisie conservatoire du même navire en France en raison de l'autorité de la chose jugée de la décision grecque ; les deux litiges avaient les mêmes parties, cause et objet. V. aussi CA Rouen 24 mars 2009, *JDI* 2010, p. 864, note G. CUNIBERTI.

[289] Civ. 1re, 3 oct. 2018, n° 17-20.296, *D.* 2019, p. 475, note K. MEHTIYEVA ; *Rev. crit. DIP* 2019, p. 215, note S. MÉNÉTREY et G. CUNIBERTI ; v. aussi K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, préface Loïc Cadiet, LGDJ Lextenso, 2020, p. 155 et s.. Concernant l'exécution de l'injonction *Mareva* en France, K. Mehtiyeva souligne que le juge français doit, au nom du principe de la coopération judiciaire européenne, adapter au plus près la mesure étrangère aux mesures dont il dispose dans l'ordre juridique français. L'article L. 511-1 al. 2 du Code des procédures civiles d'exécution, selon lequel *« la mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire »*, doit être interprété de façon large ; la liste des mesures contenue dans ce texte n'est pas limitative. Le juge français peut ordonner d'autres mesures pour adapter en France l'injonction *Mareva*. Il peut prononcer une injonction de ne pas faire à l'encontre du débiteur, afin de ne pas disperser son patrimoine et organiser son insolvabilité, dont l'exécution sera sanctionnée par une astreinte (les juges du fond ont prononcé des injonctions de ne pas faire, assorties d'une astreinte : Civ. 2e, 25 oct. 2009, n° 08-19.611, Civ. 1re, 19 nov. 2002, n° 00-22.334, Bull. civ. I, n° 275 ; *D.* 2003. 797, note G. KHAIRALLAH ; *Rev. crit. DIP* 2003. 631, note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 2003, n° 177, p. 29, note M.-L. NIBOYET ; Paris, 14 juin 2001, *Rev. crit. DIP* 2002. 704, note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 2002, note M.-L. NIBOYET). Quant aux obligations des tiers détenteurs des fonds du débiteur dûment informés de l'injonction *Mareva*, il convient d'envisager l'application de l'article L. 123-1 du Code des procédures civiles d'exécution selon lequel *« les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures engagées en vue de l'exécution ou de la conservation des créances »* et ils doivent y *« apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis »*. S. Ménétrey et G. Cuniberti précisent, toutefois, que le juge anglais a exigé dans son arrêt *Dadourian Group International v. Simms* que le demandeur ayant obtenu une injonction *Mareva* à portée extraterritoriale ne recherche pas de mesures conservatoires locales sur les biens du débiteur sans demander préalablement son autorisation ([2006] EWCA Civ 399). Pourtant, dans l'affaire tranchée par la Cour de cassation, il s'agissait d'une injonction *Mareva* ordonnée par le juge chypriote. La portée de l'arrêt *Dadourian* a été, par ailleurs, fortement réduite par une décision récente de la *High Court* anglaise (*Akcine Bendrove Bankas Snoras v Antonov et al*, [2018] EWHC 887 (Comm.)), selon laquelle le juge anglais ne peut pas contrôler l'obtention de mesures étrangères susceptibles d'être sollicitées indépendamment de l'existence de la mesure anglaise.

Il convient, par ailleurs, de rappeler que le jugement d'un État membre portant sur une demande d'autorisation de procéder à une mesure conservatoire concernant un bien situé dans un autre État membre bénéficie aujourd'hui d'une circulation libre au sein de l'Union européenne sans besoin d'*exequatur*, supprimé par le RBI *bis*, à condition que le juge auteur de l'ordonnance soit compétent au fond et que la procédure soit contradictoire – sauf si la décision contenant la mesure a été signifiée ou notifiée au défendeur avant l'exécution[290].

158. ***La remise en cause du principe de la territorialité des voies d'exécution en droit français – le contentieux de la validité de la mesure d'exécution***. Le principe de la territorialité des voies d'exécution est, également, contesté en droit français. Ce dernier semble admettre que le contentieux de la validité de la mesure d'exécution puisse échapper à la compétence exclusive des juridictions du lieu d'exécution. Le juge français a admis, implicitement, sa compétence pour connaître de la validité d'une saisie pratiquée à l'étranger.

Concrètement, dans un arrêt du 22 juin 1999[291], s'est posée la question de la validité d'une saisie pratiquée à l'île Maurice. La cour d'appel de Paris, au lieu de conclure à son incompétence, a décidé d'accueillir l'exception de connexité internationale invoquée par le créancier ayant pratiqué la saisie et de se dessaisir au profit de la juridiction mauricienne. Elle a, ainsi, reconnu implicitement sa compétence pour connaître de la validité d'une voie d'exécution pratiquée à l'étranger. La Cour de cassation a confirmé la décision des juges du fond, soulignant que les deux juridictions étaient compétentes à ses yeux pour trancher le litige. Il s'agit d'un revirement de jurisprudence important, puisque depuis l'arrêt *Compagnie Cyprien Fabre*[292], la Haute juridiction avait jugé à plusieurs reprises que le juge du lieu de situation du bien, objet de la saisie, avait seul compétence pour connaître de sa validité[293].

Il convient, aussi, de remarquer que la Cour de cassation ne précise pas que la saisie en cause était une mesure conservatoire, alors que tel était probablement le cas. L'arrêt ne semble, alors,

---

[290] Considérant 33 RBI *bis : « Lorsque des mesures provisoires ou conservatoires sont ordonnées par une juridiction compétente au fond, leur libre circulation devrait être assurée au titre du présent règlement. Cependant, les mesures provisoires ou conservatoires qui ont été ordonnées par une telle juridiction sans que le défendeur n'ait été cité à comparaître ne devraient pas être reconnues et exécutées au titre du présent règlement à moins que la décision contenant la mesure n'ait été signifiée ou notifiée au défendeur avant l'exécution ».*

[291] Civ 1re 22 juin 1999, n° 96-22546, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 42, note. G. CUNIBERTI.

[292] Civ. 12 mai 1931 *Compagnie française de navigation Cyprien Fabre, op. cit.*.

[293] Cass. 1re civ., 6 nov. 1979, n° 77-15.856, *Nassibian*, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 588, note G. COUCHEZ ; *JDI* 1980, p. 95, rapp. A. PONSARD, Civ. 1re 18 nov. 1986, *Banque Camerounaise de développement*, *Rev. crit. DIP* 1987. 772, note MUIR WATT ; Civ. 1re 17 janv. 1995, *JCP* 1995 II 22430, note MUIR WATT.

pas se cantonner à poser une solution propre à certaines saisies. Comme le souligne G. Cuniberti[294], la solution mérite d'être approuvée, car les arguments théoriques qui justifient une stricte territorialité des voies d'exécution sont applicables aussi bien aux mesures d'exécution qu'aux mesures conservatoires.

159. Autrement dit, toute saisie implique l'intervention matérielle d'un organe d'exécution qui pourra, le cas échéant, recourir à la contrainte ; et toute saisie est pratiquée par un organe d'exécution, au vu d'une autorisation délivrée par un autre organe – autorisation de procéder à une saisie conservatoire ou formule exécutoire. Cependant, aucune de ces deux règles n'interdisent à un tribunal de connaître d'une saisie pratiquée à l'étranger, puisque, comme nous l'avons déjà mentionné, la territorialité de la contrainte ne concerne que la seule contrainte matérielle, et la compétence exclusive de l'État pour s'auto-organiser n'a jamais interdit à celui-ci d'accepter de tenir compte d'ordres provenant d'organes étrangers.

Par conséquent, les mesures d'exécution et les mesures conservatoires peuvent bénéficier d'un régime plus libéral. *« La souplesse de la règle jurisprudentielle française de droit commun autorise une évolution que l'article 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano interdit au droit conventionnel pour les mesures d'exécution stricto sensu »*[295].

160. ***Le contentieux de la réalisation, purement intellectuel, de la mesure d'exécution portant sur des biens incorporels***. En outre, en droit français, le contentieux de la réalisation de la mesure d'exécution semble, également, pouvoir échapper à la compétence exclusive du tribunal du lieu d'exécution. La Cour de cassation a, en effet, admis, dans l'arrêt *Exsymol* du 14 février 2008[296], qu'une saisie-attribution prononcée par le juge de l'exécution français produise ses effets sur un compte situé à l'étranger – tenu dans la succursale monégasque d'une banque française. La cour d'appel de Paris avait, cependant, souligné le principe de la territorialité des procédures d'exécution, excluant que l'effet attributif d'une saisie puisse jouer sur un compte situé à l'étranger. L'arrêt est cassé au motif principal que *« la circonstance que*

[294] G. CUNIBERTI, « Conditions et régime de l'exception de connexité internationale », *op. cit.*.
[295] *Ibid*. Pourtant, il est vrai, qu'en pratique, les hypothèses où une partie aura intérêt à demander qu'un tribunal se prononce sur la validité d'une mesure d'exécution pratiquée à l'étranger ne seront pas nombreuses.
[296] Civ 2e, 14 février 2008, *Exsymol c/ BNP Paribas*, n° 05-16.167, *D.* 2008, p. 686, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD civ* 2008, p. 357, obs. R. PERROT ; *RTD com*. 2008, p. 601, obs. D. LEGEAIS ; *JDI* 2008, p. 1100, note S. BOLLÉE.

les fonds sont déposés dans une succursale située à l'étranger sont (…) sans incidence sur l'effet d'attribution au profit du créancier saisissant »[297].

La Cour de cassation a retenu que le juge français peut imposer à une banque de payer des sommes au titre d'une saisie-attribution, alors même que les fonds en question étaient détenus à l'étranger. Nous sommes, alors, en présence d'une saisie à effet extraterritorial[298].

161. Il convient, ainsi, de noter, que *« l'injonction adressée à une personne privée de rapatrier en France des sommes détenues à l'étranger, dans le cadre de l'exécution d'une mesure de contrainte, n'implique aucune activité matérielle des autorités publiques françaises en territoire étranger. L'idée que le principe de la territorialité de la contrainte ne ferait obstacle qu'à la seule réalisation matérielle d'une mesure de contrainte à l'étranger, mais ne s'opposerait pas à un traitement « juridique et intellectuel » de cette réalisation par le juge français progresse en doctrine*[299] *et en jurisprudence, en sorte que le contentieux de la réalisation de la mesure, purement intellectuel, semble pouvoir désormais échapper à la compétence exclusive du juge local »*.[300]

En effet, les voies d'exécution exercent sur le débiteur une contrainte intellectuelle, mais cette dernière n'est pas propre au droit de l'exécution forcée, dans la mesure où elle ne donne

[297] Il faut noter que la Cour de cassation s'est fondée sur la personnalité morale unique de la banque. Cette référence à la personnalité morale de la banque explique pourquoi une saisie pratiquée au siège social de la banque peut concerner les fonds déposés entre les mains de la succursale étrangère. En tant que tiers saisi, la banque est tout aussi débitrice de fonds déposés en France que de fonds déposés à l'étranger entre les mains d'établissements n'ayant pas de personnalité morale propre. Il pourrait, alors, être soutenu que la saisie attribution n'était pas réellement extraterritoriale, puisqu'elle portait, certes, sur une créance née de l'activité d'une succursale étrangère, mais en vérité localisée à Paris. Mais, la Cour de cassation ne prend pas position sur la question de la localisation du bien objet de la saisie, à savoir le compte bancaire, qui constitue un bien incorporel. Elle juge que l'effet attributif concernait *« la créance de somme d'argent à la restitution de laquelle est tenue la banque tiers-saisi en sa qualité de dépositaire »*, mais elle ne se prononce pas sur sa localisation. La cour d'appel avait, néanmoins, considéré que l'objet de la saisie était situé à l'étranger, puisqu'elle avait jugé que le principe de la territorialité des procédures d'exécution s'opposait au jeu de l'effet d'attribution. Cependant, la Cour de cassation ne juge pas utile de la corriger à cet égard. Il semble, ainsi, raisonnable de conclure que l'arrêt du 14 février 2008 consacre bien l'extraterritorialité d'une voie d'exécution (G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité…», *op. cit.*, n° 42 et s.).

[298] Il est vrai qu'il existe un risque, à savoir le refus de la succursale de faire remonter à son siège les informations nécessaires pour l'exécution de la saisie, si la loi locale du secret bancaire le lui interdit. Il ne faudrait pas, dans cette hypothèse, ignorer la loi étrangère imposant le secret bancaire. En droit français, l'article 60 du décret du 31 juillet 1992 prévoit que le tiers saisi peut être exonéré de son obligation de fournir les renseignements requis pour l'exécution de la saisie, s'il est en mesure de se prévaloir d'un motif légitime. La jurisprudence pourrait prendre en considération, à travers cette notion de motif légitime, la loi en vigueur dans le pays de la succursale qui lui interdit de révéler les avoirs bancaires du débiteur (S. BOLLÉE, « Voies d'exécution. – Saisie-attribution. – Effets. – Attribution immédiate au profit du saisissant. – Banque tiers saisi. – Personnalité morale. – Fonds détenus dans une succursale située à l'étranger », *JDI* 2008, p. 1100).

[299] G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité… », *op. cit.*.

[300] S. CLAVEL, *Droit international privé*, p. 211, Dalloz Hypercours, oct. 2018.

pas lieu à une intervention matérielle visant à contraindre physiquement le débiteur à s'exécuter ou à tirer les conséquences matérielles de l'exécution forcée. La contrainte intellectuelle se traduit, concrètement, par une décision de justice – soit par une injonction d'exécuter, soit plus directement par une opération juridique emportant exécution de la créance ; c'est le cas où le débiteur reçoit l'ordre de payer son créancier, ou il constate que la propriété de l'un de ses biens a été transférée à son créancier en paiement de sa dette. La contrainte intellectuelle constitue, ainsi, une simple évolution des droits et obligations du débiteur et doit échapper au principe de la territorialité des voies d'exécution[301].

162. La solution consacrée dans l'arrêt *Exsymol* exclut du domaine du principe de la territorialité des saisies la simple contrainte intellectuelle, puisque l'organe d'exécution – l'huissier de justice – ayant pratiqué la saisie, était intervenu sur le territoire de l'État l'ayant institué, la France, mais son acte n'avait exercé aucune contrainte matérielle, et ne peut être assimilé à une intervention matérielle à l'étranger. L'acte de saisie n'avait opéré qu'une simple contrainte intellectuelle à l'étranger. Cette contrainte était, d'ailleurs, doublement intellectuelle puisque, d'une part, elle portait sur un bien incorporel – une créance – et, d'autre part, n'avait pour effet que de transférer la titularité d'un droit[302].

Ces évolutions révèlent, ainsi, une limitation du domaine d'application de la compétence exclusive en matière d'exécution des décisions. Elle se limite à l'exécution proprement dite des mesures de contrainte, c'est-à-dire à la territorialité de la contrainte physique et à l'intervention matérielle des organes d'exécution et non au simple fait d'autoriser ou de prononcer des mesures d'exécution.

Dans ce sens, la compétence exclusive en matière d'exécution des décisions semble évidente, ainsi que l'avaient souligné les experts dans le cadre de la négociation d'une convention internationale sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale au sein de la Conférence de La Haye[303].

---

[301] G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité… », *op. cit.*, n° 32 et s.
[302] G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité… », *op. cit*, note 56.
[303] V. *supra*, n° 60. V. aussi C. KESSEDJIAN, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 8 de novembre 1997), *op. cit.*, n° 45 : *« le caractère exclusif de la compétence est certainement nuisible dans la mesure où l'exécution d'un jugement peut se faire sur plusieurs territoires en même temps si les biens situés sur chacun de ces territoires ne sont pas suffisants, à eux seuls, pour satisfaire le jugement en cause »*. Autrement dit, le caractère exclusif de la compétence est nuisible si le juge qui a rendu le jugement ne peut pas prononcer des mesures d'exécution, lesquelles seront mises en œuvre dans un autre État membre

Au-delà de cette contestation dont fait l'objet le principe de la territorialité des voies d'exécution, il est intéressant de constater que des mesures d'exécution internationales sont mises en place.

2. *L'institution des mesures d'exécution internationales*

163. L'Union européenne n'a pas hésité de légiférer en matière d'exécution des décisions, ce qui démontre, encore une fois, que le principe de territorialité des voies d'exécution n'est pas incontestable. Le cantonnement territorial des voies d'exécution a commencé à poser des problèmes dans le monde contemporain, où les opérateurs économiques ignorent les frontières. La circulation des saisies était alors susceptible d'améliorer considérablement le recouvrement international des créances. Ainsi, il est apparu nécessaire de procéder à une certaine harmonisation du droit des saisies, puisque l'hétérogénéité entre les procédures nationales d'exécution et leur durée respective peut rendre très complexe et onéreux le recouvrement de créances transfrontières[304].

Le règlement du 15 mai 2014[305] a mis en place une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire[306] des comptes bancaires, destinée à faciliter et accélérer le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale. L'institution d'une telle procédure permet d'éviter une pluralité de saisies, si le débiteur est titulaire de comptes bancaires en divers États membres et elle permet, également, de lever l'obstacle du secret bancaire, qui peut, dans certains États membres, bloquer la mise en œuvre des mesures conservatoires.

Il s'agit du premier règlement européen dont l'objet porte sur le droit de l'exécution au sens du droit interne. Il s'inscrit dans le cadre du programme de Stockholm de 2009, qui invitait la

---

[304] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Une nouvelle procédure utile en matière de recouvrement : l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires », *Gaz. Pal.*, 6 nov. 2014, n° 197s7, p. 9.

[305] Règlement (UE) n° 655/2014 du 15 mai 2014, JOUE n° L 189, 27 juin 2014, p. 59.

[306] Il est intéressant de noter que la proposition initiale consistait à prévoir un mécanisme de conversion de la saisie conservatoire en saisie à fin d'exécution, mais ce mécanisme n'a pas été retenu dans la proposition finalement adoptée. La proposition initiale ressort du livre vert sur la saisie conservatoire des avoirs bancaires et de son annexe – livre vert sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne : la saisie des avoirs bancaires du 24 oct. 2006, COM (2006) 618 final – et s'appuie sur la pratique de certains États membres, qui consiste à scinder le gel des avoirs bancaires en deux étapes : la première provisoire afin de bloquer les fonds et la seconde d'exécution qui consiste à convertir la saisie provisoire du compte en une saisie définitive, laquelle permettrait le transfert des sommes dès que cette mesure aurait été notifiée à la banque gestionnaire du compte. Selon E. Bonifay, *« il est regrettable que ce mécanisme n'ait pas été retenu dans la proposition qui a été finalement adoptée car il aurait permis, plus qu'une mesure simplement conservatoire, d'accélérer la procédure d'exécution des jugements rendus dans un autre État membre »* (E. BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, LGDJ, 2017, p. 182).

Commission européenne à présenter des propositions[307] en vue d'améliorer l'efficacité de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne pour ce qui concerne les avoirs bancaires et le patrimoine des débiteurs.

164. Le règlement s'applique aux litiges dans lesquels le ou les comptes sont tenus dans un État membre autre que l'État membre dont la juridiction a été saisie de la demande d'ordonnance de saisie conservatoire des comptes bancaires et cette dernière est exécutoire dans les États membres sans formalité. Le texte autorise la saisie conservatoire des comptes bancaires situés dans d'autres États membres sans en informer préalablement le débiteur. En effet, selon l'article 11 du règlement, l'ordonnance européenne de saisie conservatoire est octroyée sur requête et est immédiatement exécutoire dans les États membres où sont situés les comptes bancaires visés. Le règlement vise, ainsi, à préserver l'effet de surprise, qui est nécessaire pour l'efficacité de telles mesures conservatoires.

Ainsi, tout créancier résidant dans un État membre pourra bénéficier d'une ordonnance permettant la saisie conservatoire des fonds détenus par son débiteur sur un compte bancaire situé dans un autre État membre. Cette procédure permet d'empêcher, dès la réception de l'acte de saisie, toute opération bancaire susceptible de rendre indisponibles les sommes visées par l'ordonnance. Il s'agit d'un mécanisme fondé sur la confiance mutuelle entre États membres, dans la mesure où les autorités nationales seront tenues de bloquer les fonds sur la base d'une ordonnance prise par un juge étranger[308].

C. Le caractère plutôt incontestable de la compétence exclusive prévue en matière d'inscriptions sur des registres publics

165. ***Une règle de compétence incontestable impliquant l'accès aux registres nationaux***. Quant à la compétence exclusive en matière de validité des inscriptions sur des registres publics (article 24 §3 RBI *bis*), il convient de remarquer qu'elle ne pose pas de problème particulier,

[307] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 juillet 2011, portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale, COM (2011) 445 ; sur cette proposition, v. E. GUINCHARD, « Le droit européen de l'exécution est né ! Présentation de la proposition de règlement portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale », *RTD Eur*. 2011, p. 871.

[308] Le texte opère, cependant, de nombreux renvois aux droits nationaux. V. E. GUINCHARD, « De la première saisie conservatoire européenne. Présentation du règlement n° 655/2014 instituant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires », *RTD Eur*. 2014, p. 922.

comme en témoigne l'absence de jurisprudence de la CJUE à propos de cette règle de compétence. Ainsi que nous l'avons mentionné auparavant[309], elle concerne un contentieux très spécifique, celui de la validité formelle des inscriptions sur des registres publics – le litige porte par exemple sur l'incompétence de l'officier public ou l'omission d'une mention obligatoire.

Cette règle de compétence exclusive paraît, alors, incontestable, puisque la nature des litiges qu'elle concerne est très particulière et elle implique la mise en œuvre des règles du droit public de l'État sur le territoire duquel le registre en cause est tenu, lesquelles ne peuvent être appliquées que par les juridictions de cet État. Par ailleurs, il ne semble pas probable qu'un litige portant sur la validité de l'inscription d'un registre public soit porté devant le juge d'un État autre que celui sur lequel le registre est tenu – l'absence de jurisprudence en la matière l'atteste.

166. ***La simplification de l'accès aux registres nationaux au niveau européen***. Nous allons, néanmoins, voir ultérieurement[310] que des textes internationaux ont été adoptés afin de faciliter, dans certaines matières, l'accès aux informations contenues dans des registres nationaux. Nous pensons notamment à la directive européenne du 13 juin 2012[311] relative à l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés, laquelle impose aux États membres de relier électroniquement leurs registres du commerce et de mettre à disposition les actes et indications inscrits dans ces registres.

167. ***La simplification de la circulation des actes publics en matière de l'état civil***. Il est aussi intéressant de noter que des instruments régionaux – dans le cadre européen[312] – et internationaux – sous l'égide de la Conférence de La Haye ainsi que de la Commission

[309] V. *supra*, n° 130.
[310] V. *infra*, n° 504.
[311] Il s'agit de la directive 2012/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés.
[312] En niveau européen, a été adopté le règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016, visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, lequel dispense de légalisation ou de formalité similaire et contient des formulaires multilingues d'aide à la traduction concernant les actes de l'état civil. Il met aussi en place différents mécanismes de coopération administrative afin de permettre à l'administration du pays d'accueil de vérifier auprès de celle du pays d'origine l'authenticité du document par le biais du système d'information du marché intérieur « IMI » - il s'agit d'une procédure d'échange d'information et de données personnelles entre administrations de l'Union, régie par le règlement 1024/2012 du 14 novembre 2012.

Internationale de l'État civil[313] – ont été élaborés, en matière des personnes et de la famille, visant à simplifier la circulation des actes publics, en assurant leur compréhension et leur reconnaissance. Nous avons précisé que la compétence exclusive prévue à l'article 24 §3 RBI *bis* ne concerne pas, en principe, la validité des inscriptions sur les registres de l'état civil[314] ; mais, l'existence de ce type d'instruments témoigne de la volonté des États de garantir un échange international d'informations même si des registres nationaux sont en cause.

Il importe, en outre, de préciser qu'en matière de nom de famille, la jurisprudence de la CJUE a tiré de la citoyenneté européenne une obligation de reconnaissance dans tous les États membres non seulement de la force probante d'un acte d'état civil étranger, mais aussi de la situation au fond se traduisant par des obligations d'inscription sur les registres d'état civil de l'État d'accueil[315]. Cela suppose, néanmoins, qu'il existe certains liens entre l'intéressé et le pays dans lequel la situation a été cristallisée. L'obligation de reconnaissance de la situation constatée dans l'acte vaut, même au détriment de la règle de conflit de lois du for, sauf si les traditions constitutionnelles de l'État du for s'y opposent[316] – ce qui fait écho à la réserve de l'ordre public.

Dans son arrêt *Freitag*[317], la CJUE a jugé qu'un État membre ne peut pas refuser de reconnaître et de transcrire dans le registre de l'état civil le nom légalement obtenu par un ressortissant de cet État membre dans un autre État membre, dont il possède également la

[313] Nous pensons à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers et à certaines conventions élaborées dans le cadre de la Commission Internationale de l'État Civil et notamment, la Convention n° 25 du 6 septembre 1995 sur le système du codage des énonciations figurant dans les documents d'état civil ; la Convention n° 30 du 17 septembre 2001 relative à la communication internationale par voie électronique visant à assurer les transmissions électroniques des données d'état civil ; la Convention n° 34 du 14 mars 2014 sur délivrance d'extraits d'actes et de certificats plurilingues et codés, laquelle établit des formulaires plurilingues permettant la lecture directe d'un document d'état civil émanant d'une autorité étrangère ; la Convention n° 33 sur l'utilisation de la Plateforme de la Commission Internationale de l'État Civil de communication internationale de données d'état civil par voie électronique, du 19 septembre 2012 ayant pour objet de fournir aux États un outil technologique leur permettant de procéder à des transmissions électroniques. Ces textes sont disponibles en ligne à l'adresse http://www.ciec1.org/SITECIEC

[314] V. *supra*, n° 129.

[315] CJCE 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, *D.* 2004. 1476, note M. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 2004. 184, note P. LAGARDE ; *RTD eur*. 2004. 559, note A. ILIOPOULOU ; CJCE 14 oct. 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*, *Rev. crit. DIP* 2009. 80, note P. LAGARDE. Cette vision favorable à la consécration de la méthode de reconnaissance des situations est renforcée avec l'adoption du règlement 2016/1191 (v. sur ce point, E. PATAUT « Vers un état civil européen ? », *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vrellis*, Nomiki Bibliothiki S.A, pp. 635, 2013).

[316] CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, *RTD civ*. 2011. 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur*. 2011. 571, obs. E. PATAUT ; CJUE, 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Runevič-Vardyn*, *RTD civ*. 2011. 507, obs. J. HAUSER *; RTD eur*. 2011. 571, obs. E. PATAUT ; CJUE 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, AJ fam. 2016. p. 392, obs. M. SAULIER ; *RTD eur*. 2016. p. 648, obs. E. PATAUT.

[317] CJUE 8 juin 2017, aff. C-541/15, *Freitag*, *RTD eur*. 2017. 589, obs. E. PATAUT ; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 549, obs. P. HAMMJE.

nationalité. Il en ressort que la décision prise à l'étranger autorisant le changement de nom puisse entraîner la modification du nom de la personne sur les registres de l'état civil de l'État requis[318]. Concernant les changements volontaires de nom, certains auteurs proposent d'instaurer une coopération entre autorités afin de *« vérifier que le changement de nom envisagé est acceptable dans les États avec lesquels l'intéressé présente un lien significatif ou, au stade de la reconnaissance, que ce changement de nom a bien été pris par l'autorité d'origine en toute connaissance de cause »*[319].

168. ***La mise en place d'une véritable coopération entre autorités nationales***. La Commission Internationale de l'État civil est aussi allée plus loin qu'une simple circulation internationale des actes en instaurant une entraide et une véritable coopération entre autorités nationales. Elle a attribué éventuellement à certaines autorités des compétences d'intervention sur des actes émanant d'autorités étrangères.

En effet, la Convention n° 9 relative aux décisions de rectification d'actes de l'état civil, signée à Paris le 10 septembre 1964[320], prévoit à son article 2 que l'autorité de l'un des États contractants, compétente pour rendre une décision de rectification d'un acte de l'état civil

[318] Dans la même logique, la jurisprudence française a admis – après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), dans deux décisions du 26 juin 2014, (CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11 et n° 65941/11 *Mennesson c/ France* et *Labassé c/ France*, *D.* 2014, p. 1806, note L. D'AVOUT ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 144, note S. Bollée) – la transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, lorsqu'il désigne le père d'intention biologique en qualité de père et la mère porteuse en qualité de mère. La mère d'intention non-biologique peut demander l'adoption de l'enfant afin de créer un lien de filiation avec lui. (Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n os 14-21.323 et 15-50.002, *D.* 2015. 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *D.* 1481, édito. S. BOLLÉE ; *RTD civ.* 2015. 581, obs. J. HAUSER). La CEDH a émis un avis le 10 avril 2019 à propos du refus de la jurisprudence française de transcrire à l'état civil français l'acte de naissance étranger qui désigne en tant que mère la mère d'intention non-biologique (Civ. 1re, 5 juill. 2017, n° 16-16.901 et 16-50.025, n° 16-16.455, n° 16-16.495, n° 15-28.597, n° 16-20.052, *D.* 2017. 1737, note H. FULCHIRON ; *JDI* 2017. 1291, note J. GUILLAUMÉ ; Civ. 1re, 29 nov. 2017, n° 16-50.061, *AJ fam*. 2018. 122, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE). Selon la Cour, l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de sa vie privée exigent que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance comme étant la « mère légale » - si la mère d'intention est la mère biologique la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut *a fortiori*. Cette reconnaissance peut se faire par d'autres moyens que la transcription sur les registres de l'état civil, comme l'adoption par la mère d'intention, dans la mesure où les modalités de la procédure d'adoption soient conformes aux conditions de célérité et d'effectivité qui sont nécessaires dans ce domaine (CEDH, gde ch., avis, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, *D.* 2019. 1084, note H. FULCHIRON).

[319] F. JAULT-SESEKE, E. PATAUT, « Le citoyen européen et son nom », in *Europa als Rechts- und Lebensraum - Liber Amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag*, Gieseking Verlag, pp. 371-384, 2018. Selon les auteurs, une autre limite envisageable quant aux changements volontaires de nom consiste à utiliser la théorie de l'abus de droit.

[320] La convention est disponible en ligne à l'adresse http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/oBAAAJQf_K5OeVlGaG53dlptCQA. Elle est en vigueur entre sept États (Allemagne, Espagne, France, Luxembourg, Pays-Bas, Suisse et Turquie).

dressé sur le territoire de cet État et comportant une erreur, est également compétente pour rectifier, par cette décision, la même erreur qui aurait été reproduite dans un acte concernant la même personne ou ses descendants, dressé ultérieurement sur le territoire d'un autre État contractant. La décision est exécutoire sans formalité sur le territoire de cet autre État. Il faut souligner que cette compétence par délégation suppose une totale confiance des États les uns envers les autres et une parfaite réciprocité.

Ces éléments démontrent que dans une matière où l'intervention d'un service public étranger est bien présente, il n'est pas impossible d'autoriser – dans le cadre d'un texte international et sous certaines conditions – les juridictions d'un État contractant à modifier les registres d'état civil d'un autre État partie.

Ainsi que le relèvent J. Massip, F. Hondius, Ch. Nast et F. Granet dans leur étude, *« la forme la plus poussée d'entraide et de coopération internationale est certainement de reconnaître à une autorité étrangère, mieux placée géographiquement, une compétence par délégation pour effectuer un acte qui relèverait normalement, pour des raisons de souveraineté, de la compétence exclusive des autorités nationales. C'est admettre qu'une autorité étrangère puisse intervenir dans ce que chaque État est en droit de considérer comme relevant de ses seules affaires intérieures, en tout cas de son seul imperium »*[321].

169. Nous pouvons, alors, considérer être en présence d'un assouplissement de la compétence exclusive en matière d'inscriptions sur les registres publics, laquelle interdit aux États de modifier ou annuler par la voie judiciaire les actes de pouvoir émanant d'autorités étrangères, dans le respect du principe de souveraineté et d'égalité entre États.

Après avoir examiné la faiblesse de l'argument fondé sur la protection de la souveraineté étatique, soulevé afin de justifier les règles de compétence exclusives, il ne serait pas sans intérêt de voir que même dans des matières fortement rattachées à l'idée de la souveraineté étatique, les États renoncent, toutefois, à exercer leur compétence juridictionnelle.

[321] L'étude de J. MASSIP, F. HONDIUS, Ch. NAST et F. GRANET est disponible en ligne à l'adresse http://www.ciec1.org/SITECIEC.

§2 La renonciation des États à exercer leur compétence dans des matières fortement imprégnées de l'idée de la souveraineté étatique

170. Nous observerons, ici, qu'il existe certaines matières inextricablement liées à l'idée de la souveraineté, dans lesquelles les États n'ont pas hésité à renoncer à exercer leur compétence juridictionnelle (I). Il serait, par la suite, important de mentionner une approche intéressante quant à la place qu'occupe, aujourd'hui, la notion de souveraineté dans le cadre de la compétence internationale des juridictions (II).

I. La renonciation des États à exercer leur compétence juridictionnelle dans des matières inextricablement liées à la souveraineté étatique

171. Nous allons nous intéresser au mécanisme de résolution des litiges en matière d'investissements (A) et à la suppression de l'*exequatur* en droit européen (B). Nous évoquerons aussi brièvement l'évolution constatée en matière de propriété intellectuelle avec la création d'une juridiction européenne supranationale (C) – cette question sera développée en détail plus tard[322].

A. Le mécanisme de résolution des litiges en matière d'investissements

172. ***L'exemple de la matière d'investissements***. Les États ont choisi de transférer leur compétence juridictionnelle en matière d'investissements, même s'il s'agit d'un domaine qui est fortement imprégné de l'idée de la souveraineté étatique. En effet, les États ont renoncé à exercer leur compétence sur les différends relatifs aux investissements étrangers. Ils ont accordé, en revanche, la compétence sur ces différends aux tribunaux arbitraux internationaux, notamment par la ratification ou l'adhésion à la Convention de Washington de 1965, qui a institué le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

Cet exemple permet de démontrer que rien n'a empêché les États de se dessaisir d'attributions qui leur sont très chères sur des matières qui concernent dans une large mesure leur souveraineté[323]. Dans ce cadre, D. P. Fernández Arroyo souligne que les matières qui méritent une compétence exclusive sont celles qui touchent véritablement à la souveraineté de

[322] V. *infra*, n° 677 et s..
[323] D. P. FERNANDEZ ARROYO, *op. cit.*, n° 69, p. 83.

l'État, c'est-à-dire celles qui *« affectent la structure fondamentale de l'État, son essence, son indépendance et sa capacité de décision, et même son existence en tant que personne morale de droit public »*[324], ce qui ne semble pas être le cas de la matière immobilière, de la matière de sociétés ou de propriété intellectuelle.

173. Il est, pourtant, important de mentionner l'évolution qui s'est produite dans le domaine d'investissements. La CJUE a jugé dans son arrêt *Achmea*[325] que les traités bilatéraux d'investissements (TBI) conclus entre États membres de l'Union et, plus précisément, leurs mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, par voie d'arbitrage, sont incompatibles avec le droit européen (1). Même si la solution a fait l'objet de critiques, elle s'explique dans le contexte général de contestation de l'arbitrage international en matière d'investissements (2). Dans ces conditions, la recherche d'un organe en charge de la résolution des conflits dans ce domaine devient une question importante (3) et on constate une tentative de judiciarisation du règlement des différends entre investisseurs et États (4).

1. L'évolution constatée en matière d'investissements : l'affaire Achmea

174. ***Les étapes du raisonnement de la Cour de justice***. Dans son arrêt *Achmea,* la Cour de justice commence par rappeler le principe de l'autonomie du système juridique de l'Union inscrit dans l'article 344 TFUE, selon lequel les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci[326]. La Cour rappelle également la prémisse fondamentale sur laquelle repose le droit de l'Union, à savoir le principe de la confiance mutuelle entre les États membres, ainsi que la clef de voûte du système juridictionnel, qui réside dans la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, laquelle instaure un dialogue de juge à juge

[324] *Ibid.*, n° 67, p. 82.
[325] CJUE 6 mars 2018, aff. C-284/16, *République slovaque c. Achmea BV*, P. PINSOLLE, I. MICHOU, « Arbitrage : l'arrêt *Achmea*, la fin des traités d'investissements intra-UE ? », *Dalloz actualité* 7 mars 2018 ; D. SIMON, « L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de justice ? À propos de l'arrêt du 6 mars 2018, *Achmea* », *Europe*, n° 5, 2018, étude 3 ; C. NOURISSAT, « La clause d'arbitrage contenue dans un traité bilatéral d'investissement n'est pas compatible avec le droit de l'Union européenne », *Procédures* 2018 n° 5 p.18 ; E. GAILLARD, « L'affaire *Achmea* ou la logique des conflits », *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 616 ; V. KOROM, « Jurisprudence *Achmea* : la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne ? », *D*. 2018, p. 2005 ; J. CAZALA, « L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE », *RTD eur*. 2018, p. 597.
[326] Conformément à l'article 19 TUE, il appartient aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres.

entre la Cour et les juridictions des États membres de façon à assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union[327].

Le raisonnement de la Cour se développe par la suite en trois temps. Elle a constaté d'abord que le tribunal arbitral constitué conformément au TBI peut être amené à interpréter, voire à appliquer, le droit de l'Union, étant donné que le tribunal, doit, aux termes du traité, tenir compte du droit national en vigueur dans l'État concerné, ainsi que de tout accord pertinent entre les parties à l'accord[328]. Dans un deuxième temps, la Cour a estimé que le tribunal arbitral ne peut pas être considéré comme étant une juridiction d'un des États membres au sens de l'article 267 TFUE habilitée à poser des questions préjudicielles à la CJUE, puisqu' il ne constitue pas un élément du système juridictionnel établi aux États membres parties au TBI, ni une juridiction commune à plusieurs États membres, comme peut l'être par exemple la Cour de justice du Benelux.[329]

Enfin, s'est posée la question de savoir si le contrôle, exercé sur la sentence par les juridictions des États membres, garantit que les questions de droit de l'Union que le tribunal pourrait être conduit à traiter puissent être soumises à la Cour dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. La Cour de justice a souligné que le tribunal arbitral fixe ses propres règles de procédure et, en particulier, choisit lui-même son siège et le droit applicable à la procédure régissant le contrôle juridictionnel de la validité de la sentence qu'il a rendue. Un contrôle juridictionnel efficace ne peut, ainsi, être exercé par la juridiction nationale concernée que dans la mesure où le droit national le lui permet[330].

Dans ces circonstances, la Cour a conclu que le mécanisme de résolution des différends prévu par le TBI intra-européen porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union en mettant en

[327] V. points 31 et s. de l'arrêt.
[328] V. points 39-42 de l'arrêt.
[329] V. points 43 et s. de l'arrêt.
[330] V. points 50 et s. de l'arrêt. La règle établie en matière d'arbitrage commercial, selon laquelle le contrôle des sentences arbitrales peut revêtir un caractère limité (CJCE 1er juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, points 35, 36 et 40, *RTD com*. 2000. 232, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO, et 340, obs. E. LOQUIN ; *RTD eur*. 2000. 741, chron. L. IDOT) n'est pas transposable à la procédure d'arbitrage en matière d'investissements. La première procédure trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties, alors que la seconde résulte d'un traité, par lequel des États membres consentent à soustraire à la compétence de leurs propres juridictions et, partant, au système de voies de recours juridictionnel que le TUE leur impose d'établir dans les domaines couverts par le droit de l'Union, des litiges pouvant porter sur l'application ou l'interprétation de ce droit.

cause le principe de confiance mutuelle entre les États membres et la préservation du caractère propre du droit institué par les traités, assurée par la procédure du renvoi préjudiciel[331].

2. *Les critiques apportées à la solution*

175. ***Une solution contestée***. La solution retenue dans l'arrêt *Achmea* a été critiquée par certains auteurs[332], qui observent d'une part, qu'en pratique, le tribunal arbitral n'interprète pas ni applique le droit de l'Union – si une norme du droit européen est soulevée devant lui, le tribunal la prendra en compte comme un fait sans chercher à l'interpréter ou à l'appliquer – et d'autre part, que le contrôle *a posteriori* exercé sur la sentence par les juridictions des États membres dans le contexte d'un recours en annulation de la sentence ou d'une opposition à une demande de reconnaissance ou d'exécution de celle-ci suffit à s'assurer que le droit de l'Union a été respecté, en recourant potentiellement au mécanisme du renvoi préjudiciel. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public permet, en effet, de vérifier sa compatibilité avec le droit européen.

Ainsi, le constat fait par la CJUE d'une absence de contrôle adéquat des sentences ne semble pas fondé. La Cour devrait avoir à l'esprit l'hypothèse où le tribunal arbitral avait eu son siège sur le territoire d'un État tiers[333] - ce qui n'était pas le cas en l'espèce, le siège de l'arbitrage était situé en Allemagne - ou le cas des sentences rendues sous l'égide du CIRDI qui font l'objet d'un recours en annulation étroit[334] et sont directement exécutoires sur le territoire des États contractants échappant au contrôle des juridictions des États membres de l'UE quant à leur

---

[331] V. points 56 et s. de l'arrêt. La Cour a précisé qu'un accord international, qui prévoit la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions, n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union (voir en ce sens, avis 1/09 du 8 mars 2011 Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets, points 74 et 76, ainsi que avis 2/13 du 18 décembre 2014 Adhésion de l'Union à la CEDH points 182 et 183). Mais, en l'espèce, la possibilité de soumettre ces litiges à un organe qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel de l'Union est prévue par un accord qui a été conclu non pas par l'Union, mais par des États membres.

[332] E. GAILLARD, « L'affaire *Achmea* ou la logique des conflits », *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 616 ; V. KOROM, « Jurisprudence *Achmea* : la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne ? », *D*. 2018, p. 2005 ; J. CAZALA, « L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE », *RTD eur*. 2018, p. 597.

[333] Mais même dans cette hypothèse, comme le relève E. Gaillard, *« la sentence ne pourrait entrer dans l'ordre juridique de l'Union qu'après avoir subi un contrôle de l'exequatur permettant d'assurer le respect de l'ordre public de l'Union, avec le bénéfice éventuel de questions préjudicielles posées à la Cour »* (E. GAILLARD, *op. cit*.).

[334] Selon l'article 52 de la Convention de Washington, les sentences CIRDI échappent au contrôle des juridictions du siège pour être remplacé par celui des comités *ad hoc*. Toutefois, E. Gaillard remarque que *« l'examen de la réalité contentieuse fait apparaître que l'aspiration des rédacteurs de la Convention de remplacer le contrôle de l'exequatur par celui des Comités ad hoc se traduit en pratique par un cumul des deux types de contrôle : v. par ex. la décision rendue par la High Court of Justice (Royaume-Uni) le 20 janvier 2017 dans l'affaire Ioan Micula, Viorel Micula et al c/ Roumanie »* (E. GAILLARD, *op. cit*., note 16).

conformité au droit de l'Union[335]. Dans ces conditions, la Cour de justice aurait pu valider les mécanismes de règlement des différends par voie d'arbitrage sous réserve que la sentence rendue fasse l'objet d'un contrôle adéquat de la part des juridictions des États membres afin d'assurer le respect des dispositions du droit de l'Union, en procédant éventuellement à un renvoi préjudiciel[336].

176. ***La justification de la solution***. Malgré ces critiques formulées à propos de l'approche adoptée dans l'affaire *Achmea*, il s'agit d'une solution qui se comprend dans le contexte général de contestation de l'arbitrage international en matière d'investissements. Ce mouvement de remise en cause tient notamment au manque de garantie objective d'impartialité des arbitres, même s'il existe certains garde-fous[337], et à l'absence de prise en compte par les tribunaux arbitraux de l'intérêt général. Ainsi que le relève A. de Nanteuil *« il n'est pas souhaitable ni même possible de traiter un État comme une entreprise. L'État n'est pas un justiciable comme les autres. (…) En soumettant l'État à des mécanismes pensés dans une logique purement commercialiste, l'on peut craindre de s'exposer au risque de ne pas tenir compte de l'intérêt général qu'il est censé incarner »*[338].

---

[335] Selon l'article 54 § 1 de la Convention de Washington, *« chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État »*. Toutefois, V. Korom précise que *« dans l'UE, l'exécution d'une sentence CIRDI rendue sur le fondement d'un TBI intra-UE pourrait devenir impossible en raison de sa contrariété au droit de l'UE – v. par ex. TPI francophone de Bruxelles, 25 janv. 2016, n° 15/7241/A et n° 15/7242/A »* (v. V. KOROM, « Jurisprudence *Achmea* : la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne ? », *op. cit.*) .

[336] En ce sens, D. SIMON, « L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de justice ? À propos de l'arrêt du 6 mars 2018, *Achmea* », *op. cit*., n° 17 ; E. GAILLARD, « L'affaire *Achmea* ou la logique des conflits », *op. cit*..

[337] Un certain nombre de textes ont été adoptés afin d'améliorer les garanties de transparence et d'impartialité des mécanismes arbitraux. Dans le cadre du CIRDI, l'article 14 §1 de la Convention de Washington prévoit que les arbitres doivent présenter des garanties suffisantes d'indépendance. L'article 6 du règlement d'arbitrage exige la production par chaque arbitre d'une déclaration de l'ensemble de ses relations d'affaires avec les parties et de toute circonstance qui serait de nature à mettre en cause son impartialité. Des procédures de récusation sont également possibles mais elles n'aboutissent pas souvent, compte tenu des seuils élevés d'exigence pour identifier un manque d'impartialité. La Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a aussi adopté un règlement sur la transparence applicable à l'arbitrage entre États et investisseurs sur le fondement des traités, entré en vigueur le 1er avril 2014. Ce texte a été complété par une convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États, entré en vigueur le 18 octobre 2017, faisant obligation aux États parties de respecter le règlement relatif à la transparence.

[338] V. sur ce point, A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *JDI* Janvier 2017, doctr. 2. L'auteur identifie aussi d'autres critiques dont fait l'objet l'arbitrage en matière d'investissements, comme par exemple, le fait qu'il s'agit d'un mécanisme porteur de discrimination, dans la mesure où il opère une distinction entre investisseurs étrangers et investisseurs nationaux, le recours à l'arbitrage étant réservé aux premiers. L'importance des frais à engager dans le cadre d'une procédure d'arbitrage conduit également à opérer une distinction entre les opérateurs économiques suffisamment armés sur le plan financier pour y faire face et ceux qui ne le sont pas. En outre, il y a aujourd'hui une certaine concentration du contentieux et une tendance à l'allongement des procédures.

La solution retenue par la Cour de justice est alors *« de nature à limiter la tendance inquiétante à la privatisation de la justice, permettant aux opérateurs économiques de se soustraire à l'application du droit, qu'il soit national ou européen, au profit de solutions qui tendent parfois à confondre compromis et compromission »*[339].

177. Par ailleurs, les TBI et surtout les mécanismes d'arbitrage qu'ils prévoient ne semblent pas compatibles avec le principe de confiance mutuelle qui existe entre les États membres de l'Union, dans la mesure où la conclusion d'un TBI vise notamment à protéger les investisseurs et rétablir leur confiance envers l'État signataire grâce à la garantie de certains droits. C'est, par conséquent, l'absence de confiance entre les parties qui justifie la conclusion d'un tel traité.

Or, ainsi que l'a rappelé la Cour de justice dans l'arrêt *Achmea*, l'Union européenne repose sur la confiance mutuelle entre ses États membres, ce qui rend finalement inutile la conclusion des TBI afin de protéger les investisseurs européens au sein de l'Union. Ces derniers peuvent aussi jouir d'un niveau de protection offert par le droit de l'Union, qui est comparable à la protection assurée par le TBI. Concrètement, les droits de l'investisseur que les TBI prévoient régulièrement sont un traitement juste et équitable, l'interdiction pour l'État d'accueil d'entraver par des mesures injustes ou discriminatoires la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation des investissements et la garantie du libre transfert des paiements relatifs à l'investissement, comme des bénéfices[340]. Mais, ces droits subjectifs de l'investisseur sont également garantis par le droit de l'Union, dans la mesure où l'article 18 TFUE interdit les discriminations en raison de la nationalité et la garantie du libre transfert des paiements relatifs à l'investissement fait écho à la libre circulation des capitaux prévue par l'article 63 §1 TFUE[341].

---

[339] D. SIMON, « L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de justice ? À propos de l'arrêt du 6 mars 2018, *Achmea* », *op. cit.*, n° 16.

[340] Dans l'affaire *Achema*, l'investisseur faisait, en effet, prévaloir l'interdiction de discriminer et la liberté de la circulation des capitaux prévues par le TBI en cause.

[341] Quant au « traitement juste et équitable », il s'agit d'une notion floue, qui renvoie, selon P. Muchlinski, au principe de non-discrimination et de proportionnalité dans le traitement réservé aux investisseurs étrangers (P. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, 2007, Oxford New York N.Y. : Oxford University Press, 2nd édi., p. 625). Cette notion implique, précisément, l'obligation de vigilance et de protection, la diligence, la transparence, et la bonne foi (v. OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, p. 28). Mais ces éléments se rencontrent aussi dans le droit de l'Union ou le droit international coutumier. L'obligation de vigilance et de protection, ainsi que la diligence, sont considérées comme des normes faisant partie du droit international coutumier, qui ne nécessite pas un TBI pour son application. La diligence semble également être couverte par l'article 19 §1 alinéa 2 TUE et l'article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

3. *La recherche d'un organe en charge de la résolution des conflits en matière d'investissements*

178. ***La proposition de créer un tribunal commun aux États membres***. Toutefois, la CJUE dans son arrêt *Achmea* ne fournit pas de réponse claire à la question de savoir quel organe se chargera de la résolution des conflits opposant un investisseur ressortissant d'un État membre à un autre État membre. Le besoin d'impartialité dans la résolution de ces conflits ne semble pas satisfait si les juridictions nationales tranchent ces litiges[342].

Une solution intéressante, qui a été proposée par un certain nombre d'États, consistait à créer un nouvel organe commun intégré dans le système juridictionnel de l'Union[343]. En effet, cinq États membres – France, Allemagne, Pays-Bas, Finlande, Autriche – avaient, dans le cadre de l'affaire *Achmea*, proposé dans un document non officiel rendu public[344], la conclusion d'un accord multilatéral interne à l'Union de promotion et protection des investissements contenant un mécanisme particulier de règlement des différends investisseur-État et qui supplanterait les TBI intra-européens. Les différends surgis entre investisseurs et États sur le fondement de cet accord seraient dans un premier temps soumis à la Cour permanente d'arbitrage afin d'assurer une période de transition avec le système actuel et dans un second temps, il était prévu la création d'une cour commune aux États membres soumise à l'article 267 TFUE et faisant partie du système juridictionnel de l'Union.

---

[342] V. Korom fait référence dans son article aux *« problèmes présents dans les systèmes judiciaires nationaux des États membres mis en évidence dans les Tableaux de bord de la justice dans l'UE (v. par ex., Tableau de bord 2018 de la justice dans l'UE : le rôle majeur des systèmes judiciaires dans la défense de l'état de droit et des valeurs de l'UE, 28 mai 2018, IP/18/3932), ou encore à la préoccupation concernant le respect de l'État de droit, y compris l'indépendance de la justice, dans certains États membres (Communiqué de presse, État de droit : la Commission engage une procédure d'infraction en vue de préserver l'indépendance de la Cour suprême polonaise, 2 juill. 2018, IP/18/4341), qui laissent douter de la capacité ou de la volonté réelle des juridictions nationales de sanctionner les violations des règles européennes ou nationales en matière d'investissements transfrontaliers »* (V. KOROM, « Jurisprudence *Achmea* : la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne ? » *op. cit.*).

[343] L'intégration d'un tel organe pourrait aussi avoir lieu à l'échelle des États membres sous le contrôle de la CJUE ; mais, dans ce cas, il resterait toujours le souci d'impartialité d'un organe intégré dans le système juridictionnel étatique. Dans son arrêt *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, la CJUE a accepté la compétence d'un tribunal arbitral considéré comme une *« juridiction d'un des États membres »* au sens de l'article 267 TFUE, car il était prévu par la Constitution portugaise (CJUE, 12 juin 2014, aff. C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA c/ Autoridade Tributária e Aduaneira*, *Europe* 2014, comm. 324, obs. A. RIGAUX).

[344] Council of the European Union, Trade policy Committee (Services and Investment), Intra EU investment treaties - Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands, 7th April 2016. Disponible sur : https://www.tni.org/files/article-downloads/intraeu-bits2-18-05_0.pdf

Cette proposition rejoint la logique qui a conduit à la mise en place au sein de l'Union d'une juridiction unifiée des brevets, que nous allons examiner plus tard. Elle n'a, cependant, pas été retenue ; la CJUE dans son arrêt *Achmea* laisse entendre que les juridictions nationales des États membres sont compétentes pour résoudre les différends investisseur-État sous le contrôle de la CJUE.

179. ***La portée de la décision Achmea***. Quant à la portée de l'arrêt *Achmea*, elle semble être limitée aux TBI conclus entre les États membres. Les accords bilatéraux d'investissement liant des États membres avec des États tiers ne sont pas affectés, ni les mécanismes de règlement des différends par voie d'arbitrage prévus dans des traités d'investissements auxquels l'Union est partie, comme le traité sur la Charte de l'énergie (TCE). Il convient de préciser que l'article 26 du TCE permet à un investisseur ressortissant d'un État membre de l'Union de former une demande d'arbitrage contre un autre État de l'Union dès lors qu'ils sont tous deux parties au traité[345].

En effet, le 5 mai 2020 a été signé l'accord portant extinction des TBI entre États membres de l'Union européenne[346]. Or, l'accord indique qu' « *il ne couvre pas les procédures intra-Union fondées sur l'article 26 du traité sur la Charte de l'énergie. L'Union européenne et ses États membres traiteront cette question ultérieurement* ». Cela peut surprendre, puisque le TCE ainsi que son mécanisme de règlement des différends sont critiqués[347].

180. ***Les répercussions de la jurisprudence Achmea à l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada – l'avis 1/17 de la CJUE***. S'est aussi posée la question de savoir quelle est l'impact de la jurisprudence *Achmea* sur l'accord de libre-échange – accord

[345] Un tribunal arbitral statuant sur le fondement du TCE à propos d'un différend entre un investisseur néerlandais et l'Espagne a estimé que l'arrêt *Achmea* n'avait aucune incidence sur l'affaire qu'il avait à traiter (T. CIRDI, 16 mai 2018, n° ARB/14/1*, Madsar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Royaume d'Espagne*, § 678). En outre, un tribunal arbitral CIRDI a reconnu, dans une sentence rendue le 31 aout 2018 au sujet d'un litige entre l'Allemagne et un investisseur suédois, que l'arrêt *Achmea* est un fait nouveau sur lequel il est nécessaire de se prononcer, mais il énonce, contrairement à ce que défend l'Allemagne, que sa propre compétence est régie par le TCE sans que le droit de l'Union européenne puisse la perturber (T. CIRDI 31 août 2018, n° ARB/12/12, *Vattenfall AB,Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH, Kernkraftwerk KrümmelGmbH & Co. oHG, and Kernkraftwerk Brunsbüttel GmbH & Co. oHG c/ Allemagne*, § 154 et 208).

[346] L'accord a été publié le 29 mai 2020 (JOUE L169), il est disponible en ligne à l'adresse https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/07/joue_accord_intenationaux_29-05-2020.pdf

[347] Une tribune a été signée le 8 juillet 2020 par un certain nombre de députés européens qui dénoncent l'incompatibilité du TCE avec les objectifs environnementaux du Green Deal Européen (v. https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/07/08/le-traite-sur-la-charte-de-l-energie-menace-l-ambition-climatique-de-l-union-europeenne_6045632_3232.html).

économique et commercial global (AECG) – entre l'Union européenne et le Canada signé le 30 octobre 2016[348]. La Belgique a demandé l'avis de la CJUE au sujet de la compatibilité du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États prévu par l'accord avec le droit de l'Union. Elle exprimait des doutes concernant notamment les effets de ce mécanisme sur la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation du droit européen et sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

Il est intéressant de remarquer que le dispositif de règlement des différends inséré dans le chapitre 8 de l'AECG est d'un genre nouveau. L'accord prévoit l'établissement de deux tribunaux permanents – un tribunal de première instance et un tribunal d'appel – au lieu du recours aux tribunaux arbitraux *ad hoc*.

La différence principale entre l'arbitrage et ce système juridictionnel alternatif repose sur son caractère institutionnalisé et permanent. Mais, dès lors qu'il s'agit d'une juridiction concurrente à celle de la CJUE, des questions similaires à celles qui ont donné lieu à l'affaire *Achmea* étaient soulevées. Contrairement à ce qu'elle a décidé dans l'arrêt *Achmea*, la Cour de justice a apporté un avis favorable à la compatibilité du mécanisme de règlement des différends de l'AECG avec le droit européen[349].

Elle distingue la situation de l'AECG avec celle qui lui a été présentée dans le cadre de l'affaire *Achmea*. Cette dernière portait sur un TBI intra-européen alors que l'AECG est un traité conclu avec un État tiers. Par conséquent, le principe de confiance mutuelle qui existe entre les États membres et a en partie justifié la solution dans l'arrêt *Achmea* ne se rencontre pas à l'égard d'un État tiers (point 126 et s. de l'avis). En outre, selon la CJUE, la différence fondamentale entre les deux situations repose sur le comportement du tribunal. Le TBI intra-européen en cause dans l'affaire *Achmea* instituait un tribunal arbitral, qui était susceptible d'interpréter ou d'appliquer le droit européen, dans la mesure où celui-ci est intégré au droit interne, lequel fait partie du droit applicable dans un arbitrage d'investissement.

[348] L'accord est entré en vigueur à titre provisoire le 21 septembre 2017. Son chapitre relatif à la protection des investissements ne peut entrer en vigueur qu'après la ratification par l'Union et par l'ensemble des États membres.
[349] CJUE 30 avr. 2019, avis 1/17, *Accord ECG UE-Canada*, J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : la CJUE surmonte (timidement) sa réticence vis-à-vis de l'arbitrage », *Dalloz actualité*, 7 juin 2019 ; *RTD eur*. 2020. p. 107, obs. A. HERVÉ.

181. En revanche, le tribunal constitué sur le fondement de l'AECG n'est pas en position d'appliquer ou d'interpréter le droit de l'Union, puisque l'AECG prévoit que le tribunal ne sera appelé qu'à appliquer le présent accord. Le droit de l'Union ne peut être pris en compte que comme un fait (point 130 et s. de l'avis). Dans ces conditions, le mécanisme de résolution des litiges de l'AECG est compatible avec le droit de l'Union et extérieur au système juridictionnel de l'Union. Le caractère limité de son pouvoir d'interprétation justifie le fait que l'accord ne prévoit aucune procédure d'implication préalable qui habiliterait ou obligerait le tribunal de l'AECG à saisir la Cour à titre préjudiciel.

L'argument tenant à la différence de comportement entre le tribunal arbitral mis en place dans le cadre du TBI intra-européen et le tribunal de l'AECG n'est pas convaincant, étant donné qu'en pratique – comme nous l'avons déjà évoqué – le tribunal arbitral n'interprète pas ni applique le droit de l'Union, il le prend en compte comme un fait. Cependant, l'argument tenant à l'absence de confiance mutuelle à l'égard des États tiers est incontestable, permettant de justifier la différence de traitement entre les accords de protection des investissements négociés et conclus par l'Union avec des États tiers et ceux conclus entre États membres.

Il convient, par ailleurs, de noter que la Cour a pris le soin de s'interroger dans son avis sur le risque que le tribunal de l'AECG attaque des mesures de portée générale visant la satisfaction d'un intérêt public. La Cour considère que l'accord présente des garanties suffisantes à cet égard, puisqu'il reconnaît le droit des parties d'adopter et d'appliquer des mesures nécessaires à la protection d'un intérêt public – sécurité, moralité, protection de la santé et de la vie des personnes. Ainsi, le pouvoir d'appréciation du tribunal instaurés par l'AECG ne va pas jusqu'à lui permettre de remettre en cause le niveau de protection d'un intérêt public défini par l'Union à l'issue d'un processus démocratique (points 150 et s. de l'avis)[350].

4. La judiciarisation du règlement des différends entre investisseurs et États

182. ***La mise ne place d'un organe permanent de règlement des litiges***. Il importe de souligner que le mécanisme de règlement des litiges prévu par l'AECG a été proposé par la

[350] D'autres moyens ont été invoqués afin de faire échec à la conclusion de l'AECG, mais ils ont été rejetés par la Cour de justice. Ils portaient sur l'égalité de traitement entre investisseurs canadiens et européens (points 162 et s.) et sur le droit d'accès à un tribunal indépendant (points 189 et s). Il nous a, toutefois, semblé pertinent de nous concentrer sur le premier moyen tenant à l'incompatibilité de l'accord avec le principe de l'autonomie du droit de l'Union, qui était au cœur de l'arrêt *Achmea*.

Commission européenne et il s'agit d'une tentative de judiciarisation du règlement des différends entre investisseurs et États afin de répondre aux critiques adressées à l'arbitrage exposées plus haut. L'idée consiste à mettre en place un organe permanent de règlement des litiges, qui repose sur un double degré de juridiction et fait appel à des juges nommés par les États et non par les parties au différend.

Cette proposition de juridiction permanente, baptisée Investment Court System (ICS), a été émise par la Commission européenne en septembre 2015 dans le cadre des négociations d'un accord de libre-échange avec les États-Unis, qui n'a pas finalement abouti. Les autres accords de libre-échange et de protection des investissements, qui ont été négociés depuis lors par l'Union européenne, ont systématiquement repris ce système de règlement des différends [351].

La Commission européenne s'est inspirée d'une proposition française[352], qui préconisait non pas de supprimer l'arbitrage investissement mais d'instaurer un système de contrôle des sentences avant qu'elles ne deviennent définitives. Les sentences rendues selon un mécanisme existant seraient réexaminées par une cour permanente et à l'issue de ce processus, la sentence deviendrait définitive.

La cour permanente pourrait également connaître d'un recours en annulation contre la sentence ; en cas de sentence CIRDI, le recours serait examiné par un comité *ad hoc*. La proposition française entendait alors conserver la dimension arbitrale du système existant *« en introduisant une cour permanente à deux stades de la procédure : le réexamen de toutes les sentences, qui ne seraient donc que provisoires avant de franchir cette étape ; le recours en annulation, pour les sentences rendues en dehors du CIRDI »*[353].

183. Il est vrai que la Commission n'a pas repris à la lettre la proposition française mais elle a préféré abandonner l'arbitrage au profit d'un système juridictionnel similaire à celui qui

[351] Il s'agit des accords négociés avec le Vietnam et Singapour. L'accord de libre-échange entre l'UE et Singapour a été signé le 19 octobre 2018 et il est entré en vigueur le 21 novembre 2019. L'accord de protection des investissements avec Singapour peut entrer en vigueur après avoir été ratifié par tous les États membres de l'UE. L'accord de libre-échange avec le Vietnam a été signé le 30 juin 2019 et est entré en vigueur le 1er août 2020. L'accord de protection des investissements avec le Vietnam ne peut entrer en vigueur qu'après la ratification par tous les parlements nationaux de l'UE.

[352] Cette proposition est présentée dans un document accessible en ligne à l'adresse suivante : www.data.gouv.fr/s/resources/corpus-dedocuments-relatif-aux-negocations-commerciales-internationales-en-cours-ttip-et-ceta/20151022-154940/20150530_ISDS_Papier_FR_VF.pdf

[353] A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *op. cit*., n° 17.

existe au sein de l'Organisation mondiale du commerce. Les demandes présentées contre les États par les investisseurs privés seront portées en première instance devant un tribunal composé de juges nommés par l'Union européenne et le Canada et la décision/sentence rendue en première instance pourrait ensuite être frappée d'appel auprès d'un tribunal dont les membres seront désignés dans les mêmes conditions que les juges de première instance[354]. Le texte insiste sur les qualifications, l'indépendance et l'impartialité des membres composant ces tribunaux[355].

Force est de constater que la logique de l'arbitrage est écartée, vu le caractère permanent et institutionnalisé de l'ICS et surtout le fait que les membres des tribunaux ne sont pas désignés par les parties au litige. Cependant, cette logique revient, dans la mesure où le système proposé ne comporte pas de règlement de procédure particulier et les parties peuvent choisir un règlement existant – convention et règlement CIRDI, convention CNUDCI, règles convenues par les parties[356].

Il faut préciser que la mise en place du tribunal d'appel n'est pas directement réalisée par l'accord. Les parties, une fois que l'accord entre en vigueur, vont s'accorder sur le fonctionnement du second degré de juridiction (article 8.27.7 de l'AECG). Jusqu'à ce que le tribunal d'appel soit établi, les sentences rendues par le tribunal de première instance pourront faire l'objet d'un recours en annulation devant soit un comité *ad hoc* s'il s'agit d'une sentence CIRDI soit des juridictions nationales selon les règles de procédure choisies par les parties (v. articles 8.28.9(b) *a contrario* et 8.41.3 de l'AECG). Une fois que le tribunal d'appel soit créé, l'appel constituera le remède exclusif (v. article 8.28.9 (b) de l'AECG[357]).

---

[354] V. articles 8.27 et s. de l'accord.

[355] V. articles 8.30 et 8.36 de l'accord. Les membres des tribunaux ne doivent pas avoir de lien avec un gouvernement. Il leur est interdit de manière absolue d'exercer toute activité de conseil ou d'avocat pendant la durée de leur mandat et le règlement de la CNUDCI sur la transparence adoptée en 2014 est appliqué à la procédure, quel que soit le règlement d'arbitrage applicable choisi par les parties. Les parties au différend peuvent demander la révocation d'un membre du tribunal qui se trouve en position de conflit d'intérêts.

[356] A. Hervé souligne que *« plusieurs dispositions relatives à ces tribunaux témoignent néanmoins de l'origine arbitrale des mécanismes de règlement des conflits. Ainsi, des conditions de nationalité sont ici imposées de façon à s'assurer de la présence de juges issus des parties. L'AECG précise ainsi que parmi les quinze membres du Tribunal figureront cinq juges canadiens, cinq juges issus d'un État membre de l'Union et cinq ressortissants d'États tiers. De même, à l'instar des arbitres, la rémunération des juges prendra, au moins dans un premier temps, la forme d'une indemnité et non d'un salaire (art. 8.27 de l'AECG) »* (A. HERVÉ, « L'appel au juge : l'Union européenne souhaite juridictionnaliser le contentieux de l'investissement », *RTD Eur*. 2016, p. 631).

[357] Les motifs de l'appel sont limités. Selon l'article 8.28.2 l'appel ne peut reposer que sur une erreur dans l'interprétation de la loi, une erreur manifeste dans l'appréciation des faits et l'un des motifs d'annulation prévus par l'article 52 de la Convention de Washington.

184. Quant à l'exécution des décisions, l'accord prévoit qu'une sentence rendue par un tribunal établi conformément à la Convention CIRDI *« est considérée comme une sentence au sens du chapitre IV, section 6 de la Convention du CIRDI »* (article 8.41.6 de l'AECG). Cela signifie, qu'un État partie à l'AECG serait obligée d'exécuter la sentence sur son territoire comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal de cet État (article 54 de la Convention de Washington). En revanche, une sentence prononcée en application des règles différentes serait *« une sentence arbitrale qui est réputée se rapporter à des plaintes découlant d'une transaction ou d'un rapport commercial aux fins de l'article premier de la Convention de New York »* (article 8.41.5 de l'AECG).

Même si ce nouveau système de règlement des différends soulève certaines interrogations notamment quant à son articulation avec la Convention de Washington[358], il révèle que le mécanisme de l'arbitrage traditionnel dans les relations entre investisseur et État n'est pas la seule option possible et que les États ont commencé à envisager des voies alternatives.

[358] Se pose la question de savoir si le second degré de juridiction de l'ICS est conforme à la Convention de Washington, puisque les articles 53 et 54 de cette dernière affirment clairement le caractère obligatoire de la sentence et l'absence d'appel. Certains arguments sont, toutefois, avancés afin de surmonter cette contradiction. L'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités permet, en effet, aux États parties à un traité multilatéral d'y déroger sous certaines conditions et de créer un régime spécial applicable dans leurs relations mutuelles. L'UE et le Canada pourraient s'appuyer sur cette disposition pour déroger à la Convention de Washington. Mais, selon l'article 41 de la Convention de Vienne, une telle dérogation n'est possible qu'à une double condition. Elle ne doit pas porter atteinte *« ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations »* et elle ne doit pas porter *« sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble »*. Pour certains, cette double condition fait défaut, car les droits et obligations des autres États parties à la Convention de Washington se trouvent affectés par le système de l'ICS, si l'exécution d'une sentence CIRDI frappée d'appel est demandée sur le territoire d'un État tiers membre de la Convention de Washington. Ce dernier, non lié par l'ICS, devra appliquer l'article 54 de la Convention et exécuter la sentence. En outre, la dérogation prévue – c'est-à-dire le système d'appel – est incompatible avec le but et l'objet de la Convention de Washington, dans la mesure où son article 54 est le cœur du système CIRDI en évitant aux sentences le passage par la procédure de l'*exequatur* devant le juge national (v. A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *op. cit.*, n° 24 et s.). Cependant, pour d'autres, les deux conditions de l'article 41 de la Convention de Vienne sont remplies. Selon G. Kaufmann-Kohler et M. Potestà, il est douteux que les États tiers, parties à la Convention de Washington, soient soumis à l'obligation de l'article 54, compte tenu de la modification fondamentale du système CIRDI que l'AECG envisage pour ses parties contractantes. Quant à la seconde condition, le système d'appel par dérogation à l'article 53 de la Convention de Washington n'apparaît pas incompatible avec l'objet du texte, qui est, selon l'article 1 §2, *« d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants »*. Les motifs d'appel englobent normalement les motifs d'annulation (v. article 8.28.2 de l'AECG) et élargissent ainsi la portée du contrôle d'une sentence. La dérogation à l'article 53 ne porte alors pas atteinte à l'objectif énoncé à l'article 1 §2 de la Convention (G. KAUFMANN-KOHLER et M. POTESTÀ, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism ?* Genève Center for International Dispute Settlement, juin 2016, http://www.uncitral.org/pdf/english /CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf p. 26 et 84-85).

185. ***La création d'un tribunal multilatéral des investissements***. L'UE et le Canada ont même affiché, dans l'AECG, leur volonté de *« créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements »* (article 8.29 de l'accord). La CJUE dans son avis 1/17 a souligné que le droit de l'Union ne s'oppose pas à la création d'un tribunal multilatéral des investissements, à condition qu'il ne soit pas habilité à interpréter ou à appliquer le droit de l'Union (point 118 de l'avis).

En ce sens, le Conseil de l'UE a autorisé la Commission, à négocier au nom de l'UE, dans le cadre de la CNUDCI, une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissement[359]. La création d'un tel tribunal aurait vocation à remplacer le système bilatéral prévu dans les traités d'investissement futurs et existants. Cette initiative s'inscrit dans le cadre de la nouvelle approche, concernant la résolution des différends en matière d'investissements, qui consiste à abandonner l'arbitrage traditionnel au profit d'un système juridictionnel comprenant la mise en place d'une instance internationale et permanente.

186. S'agissant de la mise en place concrète d'une telle instance, G. Kaufmann-Kohler et M. Potestà proposent, dans leur rapport[360], de s'inspirer de la méthode d'*opt-in* retenue dans la convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États, dite « Convention de Maurice sur la transparence », adoptée à New York le 10 décembre 2014. Autrement dit, il faut ouvrir aux États la possibilité de rendre les stipulations, de la convention instituant le tribunal multilatéral, applicables à leurs traités bilatéraux d'investissements en cours par le biais d'une convention d'*opt-in*, afin d'éviter la renégociation chronophage de ces traités.

L'évolution constatée dans la résolution des différends liés aux investissements démontre – malgré le fait qu'elle s'éloigne du mécanisme de l'arbitrage traditionnel – que dans une matière fortement imprégnée de l'idée de la souveraineté étatique, comme la matière d'investissements,

[359] V. les directives de négociation pour une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements, adoptées le 20 mars 2018, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf

[360] V. G. KAUFMANN-KOHLER et M. POTESTÀ, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism ?, op. cit*. p. 27 et s. ; p. 75 et s.

les États acceptent de transférer leur compétence juridictionnelle à un organe international au lieu de revendiquer une compétence exclusive.

B. La suppression de l'exequatur en droit européen

187. ***La suppression de l'exequatur***. Une autre matière traditionnellement liée à la souveraineté étatique est celle de la réception des décisions étrangères. L'octroi de la force exécutoire aux jugements étrangers constitue un acte de puissance publique propre à la souveraineté de chaque État et il est subordonné, en droit national, à un *exequatur* préalable. Il s'agit d'une procédure particulière, à l'occasion de laquelle la conformité de la décision étrangère aux conditions d'efficacité posées par l'État d'accueil sera vérifiée.

Cette procédure d'*exequatur* est liée à une conception publiciste du conflit de juridictions ; l'intervention du juge du for est considérée comme nécessaire afin de surmonter le cloisonnement des ordres juridiques. L'obligation d'intenter une procédure d'*exequatur* afin d'obtenir l'exécution forcée est présentée comme une conséquence du principe de la territorialité de la contrainte[361].

Autrement dit, l'État dont émane le jugement ne peut procéder directement à son exécution forcée sur un territoire étranger, puisqu'il ne peut exercer un pouvoir de commandement sur les organes ou autorités d'un État étranger. Comme l'affirment H. Batiffol et P. Lagarde, *« il est clair qu'un jugement étranger ne saurait produire effet en France au même titre qu'un jugement français : la souveraineté de l'État s'oppose au moins à ce que les décisions d'un juge étranger aient de plein droit force exécutoire »*[362].

En outre, l'*exequatur* constitue non seulement une procédure de contrôle mais, permet, également, de défendre les intérêts de l'ordre juridique du for et les intérêts privés contre des décisions étrangères, qui pourraient les menacer.

---

[361] M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur*, thèse Paris II, 2011, p. 96-100.
[362] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 7e éd., LGDJ, 1983, t. II., n° 711.

188. Toutefois, cette spécificité procédurale est actuellement en recul[363]. Le recul de l'*exequatur* est surtout constaté dans l'espace judiciaire européen[364], où l'existence d'un système commun de distribution des compétences juridictionnelles permet aux États de se faire confiance mutuellement. Dans ce contexte, le RBI *bis* a supprimé l'*exequatur* comme formalité préalable à l'exécution forcée dans un État membre de l'Union européenne du jugement rendu dans un autre État membre en matière civile et commerciale[365].

Les jugements rendus dans cette matière bénéficient automatiquement de la force exécutoire dans tous les États membres et échappent ainsi à l'exigence d'un *exequatur* préalable. La force exécutoire de l'État membre d'origine est reconnue et déploie ses effets sur tout le territoire de l'Union, ce qui porte une certaine atteinte au principe traditionnel du monopole étatique dans l'octroi de la force exécutoire. Il convient, alors, de distinguer entre le commandement d'exécution et l'exécution effective. Si l'exécution matérielle reste toujours subordonnée à la loi de l'exécution[366] et opérée par des autorités nationales de l'État requis, le déclenchement de l'exécution peut être ordonné sur la base d'un commandement étranger[367].

---

[363] V. sur ce point, V. HEUZÉ, « La reine morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice », *JCP G* 2011, 359 et 397 ; L. D'AVOUT « Faut-il supprimer l'*exequatur* dans le contentieux transfrontière ? (Questionnement à propos des projets de révision du règlement Bruxelles I) », *Rev. dr. et proc*., hors-série novembre 2010, p. 68.

[364] Ainsi que le souligne S. Bollée, le recul de l'*exequatur* peut être également, constaté en droit français, dans la mesure où *« divers signes envoyés par la jurisprudence suggèrent que les jugements étrangers peuvent produire leurs effets en France même sans exequatur préalable – cette solution n'étant écartée que pour certains types de jugements, essentiellement ceux rendus en matière de faillite »* (S. BOLLÉE, « Les effets des jugements étrangers », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, p. 165).

[365] Le recul de l'*exequatur* a été, déjà, constaté dans des instruments européens de portée limitée, à savoir le règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 relatif au titre exécutoire européen (article 5) et le règlement n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 relatif à l'injonction de payer européenne (article 19), le règlement n° 861/2007 du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges (article 20), le règlement n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif aux obligations alimentaires, concernant les décisions rendus dans un État membre lié par le protocole de la Haye de 2007 (article 17) ainsi que le règlement Bruxelles II *bis* n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, concernant certaines décisions en matière de droit de visite et de retour de l'enfant. Le règlement Bruxelles II *bis* a été remplacé récemment par le règlement Bruxelles II *ter* n° 2019/1111 du 25 juin 2019 (RBII *ter*) relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants. Ce dernier étend la suppression de l'*exequatur* à toutes les décisions relevant de la matière de responsabilité parentale (article 34 RBII *ter*).

[366] Il convient, néanmoins, de mentionner que les lois nationales des États membres en matière d'exécution forcée ne sont pas totalement fongibles. Comme le précise M. Lopez de Tejada dans sa thèse, l'exécution forcée sera déclenchée selon les conditions fixées par le droit de l'État d'exécution, conditions qui peuvent varier d'un État membre à l'autre. En France ou en Italie, l'exécution forcée n'exige que la simple apposition de la formule exécutoire sur la décision en question mais dans d'autres pays, comme en Espagne, il faut solliciter du juge de l'exécution qu'il délivre un mandat d'exécution enjoignant aux agents de la force publique de faire application des mesures d'exécution forcée. C'est aussi le cas en Autriche, où il faut engager une procédure tendant à l'émission d'une autorisation d'exécution afin d'obtenir le concours de la force publique (M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur, op. cit*., p. 166-168).

[367] E. BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, LGDJ, 2017, p. 161. Nous pouvons faire le parallèle avec la distinction

189. Il faut noter que dès l'adoption de la Convention de Bruxelles, la procédure de réception des jugements rendus par un État membre avait été simplifiée. En effet, l'octroi de la force exécutoire dans l'État requis était subordonné à un contrôle minimal de compatibilité de la décision au regard des critères fixés par la Convention, supprimant certains éléments du contrôle classique lors de la réception des jugements étrangers – notamment le pouvoir de révision de la décision étrangère par le juge de l'exécution et le contrôle de la compétence juridictionnelle [368]. Ce contrôle était effectué dans une première phase de procédure unilatérale, dans un souci de célérité et d'efficacité.

Le RBI est allé un peu plus loin, en imposant au juge de l'État requis un simple contrôle formel lors de la première phase non contradictoire – il suffit que la partie produise les pièces requises attestant le caractère exécutoire de la décision, le juge de l'État d'accueil ne peut examiner s'il existe un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution. Les motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution seront analysés dans un deuxième temps en cas de recours contre le jugement d'*exequatur*, la procédure devant alors contradictoire[369].

190. Le RBI *bis* est allé encore plus loin, en supprimant totalement la procédure de l'*exequatur*. La disparition de l'*exequatur* présente un intérêt non seulement sur le plan pratique – puisqu'elle permet d'éviter une procédure coûteuse et chronophage – mais elle a aussi une dimension symbolique, dans la mesure où elle démontre une volonté de procéder à un décloisonnement progressif des ordres juridiques des États membres.

L'abolition de l'*exequatur* contribue, comme le précise P. de Vareilles-Sommières, à l'effacement des frontières qui subsistent entre les ordres juridictionnels des États membres – même si l'effacement est partiel, dans la mesure où il existe une possibilité de contrôle du jugement étranger – et à la constitution d'un ordre juridique intégré[370]. Il s'agit, en effet, d'une mesure prise dans une logique d'intégration, laquelle *« apparaît comme un processus très*

---

suggérée par G. Cuniberti en matière des voies d'exécution, entre la contrainte intellectuelle, c'est-à-dire l'autorisation judiciaire, et l'exécution matérielle des autorités d'exécution (G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité… », *op. cit*., G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires…,op. cit.* ; v. *supra* n° 156).

[368] L'article 27 de la Convention de Bruxelles permet notamment au juge de l'État requis de refuser la reconnaissance et l'exécution des jugements européens qui ne sont pas conformes à son ordre public, ou qui n'ont pas respecté les droits de la défense, ou qui sont inconciliables avec une décision rendue entre les mêmes parties dans son ordre juridique.

[369] E. BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice, op. cit.*, p. 141-142.

[370] P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Conclusions d'un internationaliste », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS éditions, 2013, p. 207.

centralisateur qui suppose d'importants abandons de souveraineté de la part des ordres concernés »[371].

191. Dans un tel système juridictionnel fondé sur la confiance mutuelle et la coopération, les fors exclusifs semblent être inopportuns. Ainsi que le remarque D. P. Fernández Arroyo, *« eu égard à la construction d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice, où l'exequatur a déjà commencé à disparaître, le maintien résolu de ces fors [exclusifs] semble être, du moins d'un point de vue général, une relique du passé »*[372].

Il faut, cependant, souligner que la suppression de l'*exequatur* n'implique pas la disparition de tout contrôle dans l'État d'accueil. Le RBI *bis* réserve au défendeur la possibilité de demander le refus de la reconnaissance et d'exécution, sur le fondement d'un des motifs visés à l'article 45 §1.

C. La création de la Juridiction unifiée du brevet

192. ***La création d'une juridiction européenne supranationale en matière de brevets***. Les États membres de l'Union européenne ont signé un accord[373] qui prévoit la création d'une juridiction autonome en matière de brevets, la Juridiction unifiée du brevet (JUB). Nous constatons, ainsi, que dans cette matière, qui est visée par une règle de compétence exclusive fondée sur le principe de souveraineté, les États n'ont pas hésité à transférer leur compétence juridictionnelle à une juridiction supranationale. Nous allons analyser, plus tard, la structure de ce nouveau système juridictionnel centralisé.[374]

---

[371] *Ibid.*, p. 205. Comme le mentionne l'auteur, *« l'intégration d'ordres juridiques initialement autonomes s'oppose, dans l'ordre des idées, à leur simple coordination en ce que cette dernière ne remet pas en cause l'autonomie des ordres qu'elle concerne, tandis que l'intégration le fait. Une fois intégrés dans un ordre juridique supérieur, les ordres juridiques qui étaient autonomes fusionnent pour n'en former plus qu'un. Les juridictions qui composaient les anciens ordres juridictionnels autonomes ne sont plus étrangères les unes par rapport aux autres ; les jugements produits par la juridiction d'un ordre antérieurement autonome et désormais intégré ne sont plus traités comme des jugements étrangers dans l'un quelconque des autres ordres intégrés »* (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op.cit.*, p. 204). V. aussi G. CUNIBERTI, *Le fondement de l'effet des jugements étrangers*, *op. cit*., p. 240, n° 243 et s..

[372] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit*., p. 238. Selon l'auteur, *« il y a une contradiction frappante entre la suppression de l'exequatur pour certaines décisions et la pétrification de certains fors exclusifs »* (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit*., v. note 705, p. 238).

[373] Il s'agit de l' « Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet », signé le 19 février 2013 par vingt-cinq États membres.

[374] V. *infra*, n° 685 et s..

Ces exemples permettent de démontrer que, même si nous admettons qu'une matière est liée à la notion de souveraineté, les États peuvent transférer ou abandonner leur compétence juridictionnelle relative à cette matière, au lieu d'établir des règles de compétence exclusive. Dans ce contexte, il faut essayer de redéfinir la place que doit occuper la notion de souveraineté dans le cadre de la compétence internationale des juridictions.

II. La notion de souveraineté dans le cadre de la compétence internationale des juridictions

193. ***Le déclin de la conception publiciste de la compétence internationale des juridictions***. Ainsi que nous l'avons précisé auparavant[375], la conception publiciste de la compétence internationale des juridictions a été abandonnée au profit d'une conception privatiste[376]. Autrement dit, le droit international privé n'est plus conçu en termes de conflit de souverainetés ; ses règles ne sont pas censées déterminer les frontières de la souveraineté des États, en opérant une répartition des compétences législative et juridictionnelle de l'État du for et des États étrangers. Le fondement de souveraineté a été substitué par un fondement privatiste et proximiste. Toutefois, cette conception publiciste n'a pas été totalement éliminée, dans la

[375] V. *supra*, n° 19.

[376] Le recul de la conception publiciste de la compétence internationale des juridictions est apparent dans différents droits. En droit anglais, le chef de compétence fondé sur la présence du défendeur en Angleterre au moment de la notification de l'acte introductif d'instance – cette compétence est fondée sur le pouvoir souverain de l'État sur son territoire – est concurrencé par les nombreux chefs de compétence statutaires prévus dans les *Civil Procedure Rules*, qui sont fondés sur l'existence d'un lien entre la juridiction anglaise et le litige. En outre, la version anglaise de la doctrine du *forum non conveniens* ne tient pas en compte des considérations d'intérêt public. En droit américain, la Cour suprême des États-Unis a admis, dans l'arrêt *International Shoe* qu'une juridiction américaine peut se déclarer compétente même si le défendeur n'est pas physiquement présent sur le territoire de l'État du for, à condition que cet État entretienne des liens suffisamment étroits avec le défendeur (*International Shoe v. Washington*, 326 US 310 (1945)). En droit européen, les règles de compétence ne sont pas fondées sur le pouvoir de l'État sur son territoire ou sa population, mais sur des considérations privatistes de prévisibilité, de proximité et de bonne administration de la justice (v. considérants 15 et 16 RBI *bis*). Le droit européen interdit également aux États membres de fonder leur compétence internationale sur des règles de compétence exorbitantes – cette interdiction est, cependant, limitée aux hypothèses où le défendeur est domicilié au sein de l'Union européenne. En droit français, le recul de la conception publiciste du droit international privé s'est manifesté avec l'abandon du principe d'incompétence des juridictions françaises dans des litiges entre étrangers dans les arrêts *Patiño* (Cass. civ., 21 juin 1948, *Patiño*, *Rev. crit. DIP* 1949. 557, note Ph. FRANCESCAKIS, *S.* 1949.1.121, note J.-P. NIBOYET) et *Scheffel* (Cass. civ. 30 oct. 1962, *Scheffel*, *Rev. crit. DIP* 1963. 387, note Ph. FRANCESCAKIS, *D.* 1963. 109, note G. HOLLEAUX) et avec l'affirmation du caractère subsidiaire et non exclusif des articles 14 et 15 du Code civil (Cass. civ. 1re, 19 nov. 1985, *Soc. Cognacs and Brandies*, *Rev. crit. DIP* 1986. 712, note Y. LEQUETTE, *JDI* 1986.719, note A. HUET ; Civ. 1re, 23 mai 2006 *Prieur*, *op. cit.*, Civ 1re, 22 mai 2007, *Fercométal*, *op. cit.*) – les règles de compétence prévues dans ces articles sont fondées sur le pouvoir souverain de l'État sur sa population. Le déclin de la conception publiciste de la compétence internationale des juridictions s'est aussi manifesté en droit français en matière de compétence indirecte, avec l'abandon du contrôle de la compétence indirecte étrangère en vertu des règles françaises de compétence internationale et l'adoption d'un principe autonome, permettant de considérer le juge étranger comme compétent si son État présente un lien caractérisé avec le litige (Cass. civ. 1re, 6 février 1985, *Simitch*, *Rev. crit. DIP* 1985. 369, chron. Ph. FRANCESCAKIS, p. 243, *JDI* 1985. 460, note A. HUET). V. sur ce point, L. USUNIER, *La régulation…op. cit.*, n° 205 et s., p. 157.

mesure où il est considéré que l'État serait fondé à exiger que certains litiges soient impérativement soumis à ses tribunaux, si sa souveraineté est mise en cause.

Dans cette section, nous avons essayé de démontrer la faiblesse de l'argument tiré de la protection de la souveraineté étatique, qui est avancé dans le but de justifier les règles de compétence exclusive en matière civile et commerciale. Nous allons, à présent, voir que même si nous admettons que la souveraineté est impliquée dans certaines matières, elle peut être conçue de façon différente, qui n'exige pas l'édiction des compétences exclusives.

194. ***La souveraineté : synonyme de la volonté de l'État de coopérer***. Il est intéressant de noter l'analyse menée par F. Mailhé dans sa thèse concernant la notion de souveraineté dans le cadre du droit de la compétence internationale des juridictions. La souveraineté ne doit pas être comprise comme le synonyme de l'autonomie et de l'exclusivité mais comme le synonyme de la volonté de l'État de participer dans des systèmes de compétences et coopérer. La notion de souveraineté n'a plus, aujourd'hui, pour objet d'affirmer l'indépendance de l'État et de son organisation.

Nous sommes passés d'une souveraineté-puissance[377] – comprise comme le synonyme d'un pouvoir absolu – à une souveraineté-liberté[378] permettant à l'État de participer à des débats et de se lier vis-à-vis d'autres États. *« Le principe appelé « souveraineté » ne s'épuise pas dans l'affirmation de l'autonomie, de l'interdiction pour les États de s'ingérer dans l'organisation d'un autre. Il n'empêche pas, bien au contraire, de reconnaître le partage des compétences, c'est-à-dire l'engagement de l'État dans des compétences partagées, déléguées, voire abandonnées (sous réserve de dénonciation). La Souveraineté n'implique pas que l'État, ou l'ordre juridique, soit autonome et exclusif. Elle sert au contraire à ce dernier, dans un univers pluraliste, à devenir un État participatif ».*[379]

---

[377] Le terme est de CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris 1920, t. I, p. 69 s. : *« La souveraineté se présente donc, à titre principal, comme une notion absolue, insusceptible de limitation ou de transfert, et distincte, par conséquent, de la compétence qui est, pour sa part, une notion relative, susceptible, au contraire, de variations dans l'espace ou dans le temps. C'est en ce sens que la souveraineté-puissance est comprise, de façon originaire, comme la compétence de la compétence, au titre de la souveraineté de l'État. On parlera ci-après de souveraineté de compétences pour souligner la capacité où l'État se trouve de déterminer sa propre compétence et donc de déterminer la compétence des autres institutions publiques qu'il crée dans l'État (souveraineté interne de compétences) ou en dehors de l'État (souveraineté externe de compétences) ».*

[378] Le terme est de J. COMBACAU selon lequel la souveraineté ne serait *« pas une puissance, [mais] une liberté »*, *Pouvoirs* 1993, n° 67, p. 47, c'est-à-dire la liberté de s'engager.

[379] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, *op. cit*., p. 76.

Il est vrai que F. Mailhé, en menant cette analyse, met l'accent sur le fait que les États ne sont plus aujourd'hui *« à la source de la juridictionnalité »*[380], mais ils participent à de nombreux textes internationaux relatifs à la compétence juridictionnelle et reconnaissent des systèmes de compétences.

Nous pouvons, toutefois, en s'inspirant de cette approche, faire le parallèle avec notre étude, et considérer que même si nous partons du principe que la souveraineté – dans le sens d'intérêts étatiques – est impliquée dans une matière, cela n'oblige pas les États de s'enfermer et édicter des compétences exclusives.

Cela n'empêche pas les États de vouloir coopérer et s'engager dans des compétences partagées, dans la mesure où la notion de souveraineté ne doit plus être considérée comme synonyme de l'autonomie absolue et de l'exclusivité mais comme synonyme de participation et de coopération. Nous verrons ultérieurement que des mécanismes coopératifs s'instaurent entre les juridictions nationales en Europe, à travers la mise en place des fors supranationaux spécialisés, comme la JUB, ou délégués comme le système juridictionnel mis en œuvre en matière de marques européennes[381].

195. ***L'idée d'une déterritorialisation de la compétence internationale en Europe***. Comme l'écrit H. Muir Watt, il est possible de concevoir la régulation des services judiciaires en Europe dans une logique de délocalisation et déterritorialisation, si on met en place un système juridictionnel fédéral, avec la création des juridictions spécialisées composées de juges sélectionnés en fonction de leur expertise, dans des matières où l'harmonisation matérielle est forte. Il s'agira d'un système de « circuits » régionaux – à l'image de circuits de juges fédéraux de première instance et d'appel aux États-Unis – mis en place à partir de la répartition territoriale existante, en se servant de mécanismes coopératifs dont les réseaux judiciaires qui sont en train de se constituer en Europe.

Cette déterritorialisation en matière de compétence internationale peut s'expliquer par l'avènement d'une logique de réseaux, *« qui remplace le compartimentage territorial des systèmes juridiques. C'est ça le reflet même des mutations affectant la configuration de la souveraineté étatique, qui de territoriale devient instrumentale. […] Plutôt que le repli sur*

[380] *Ibid*, p. 77.
[381] V. *infra*, n° 630 et s..

leurs ressorts territoriaux, les juges seraient amenés à occuper une place significative dans les réseaux d'une justice fédéralisée »[382].

Outre l'argument tiré de la protection de la souveraineté étatique, il y a toute une série de considérations pratiques, qui sont également invoquées dans le but de justifier les règles de compétence exclusive. Nous examinerons, maintenant, l'insuffisance de ces considérations à fonder ces règles.

Section II : La faiblesse de la justification de l'exclusivité des règles de compétence par des considérations pratiques

196. Dans cette section, on va s'intéresser aux considérations privatistes de commodité procédurale soulevées afin de justifier l'exclusivité de la compétence juridictionnelle, à savoir la coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable (§1), ainsi que la proximité du juge, ou la coïncidence entre le lieu du litige et le lieu supposé de l'exécution des décisions (§2).

§1 La coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable

197. Il convient de remarquer, dans un premier temps, que des objections peuvent être formulées quant à l'argument tiré de la solidarité nécessaire entre la compétence et la loi, qui est avancé pour expliquer une règle de compétence exclusive (I). Nous verrons, dans un second temps, que l'édiction d'une compétence exclusive n'est pas le seul moyen possible permettant de préserver l'impérativité de la loi du for ; cette dernière peut aussi être préservée à travers le mécanisme de l'ordre public international (II).

I. Les objections formulées quant à la coïncidence entre compétence et loi

198. Nous allons démontrer qu'aucune corrélation mécanique ne peut être établie entre la compétence exclusive et l'applicabilité d'une loi de police du for (A). Dans ce cadre, il ne serait pas sans intérêt d'observer qu'une exception a été introduite en droit européen quant à la

[382] H. MUIR WATT, « La régulation des services judiciaires, Concurrence interjuridictionnelle et mobilité des juges : vers des « riding circuits » ? », in *Conflit de lois et régulation économique*, M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut, LGDJ 2008, p. 231 et s.

compétence exclusive en matière de baux d'immeubles, alors que cette dernière se justifie notamment par la nécessité de l'application de la loi du lieu de situation de l'immeuble (B).

A. L'inexistence de corrélation mécanique entre compétence exclusive et applicabilité d'une loi de police du for

199. ***L'absence de corrélation mécanique entre compétence exclusive et applicabilité d'une loi de police du for.*** Comme nous l'avons déjà mentionné[383], les compétences exclusives sont justifiées par l'impérativité de la loi applicable au fond. En effet, dans les matières visées par les règles de compétence exclusive, la loi de l'État dont les tribunaux sont exclusivement compétents présente une impérativité particulière et sera normalement applicable soit à titre de loi de police soit à titre de loi de droit public. Ainsi que l'a noté B. Ancel à propos des compétences exclusives, c'est la pénétration des considérations d'ordre substantiel, des considérations de droit applicable, qui justifie l'exclusivité de la compétence[384].

Toutefois, aucune corrélation automatique ne peut être établie entre la compétence juridictionnelle et l'applicabilité de la loi du for, même s'il s'agit d'une loi de police, d'une loi internationalement impérative d'application immédiate.

Concernant la coïncidence entre *forum* et *jus*, E. Bartin[385] a été le premier qui a soulevé une objection tirée de l'indépendance de la compétence juridictionnelle et de la compétence législative. Ces deux compétences répondent à des préoccupations différentes, la première répond à des soucis de bonne administration de la justice et de commodité des plaideurs, alors que la seconde est fondée sur des considérations de fond[386].

200. H. Batiffol avait également souligné la différence profonde tenant aux préoccupations différentes de ces deux systèmes : *« il semble donc que les deux séries de règles répondent à des préoccupations suffisamment différentes pour que leur rapprochement, certainement souhaitable en pratique, ne puisse être poussé jusqu'à l'absorption d'une des catégories par*

---

[383] V. *supra*, n° 81.
[384] B. ANCEL, *Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères*, *Trav. comité fr. DIP* 1986-1987. L'auteur se réfère aux compétences exclusives prévues par le droit français.
[385] E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, tome I, 1930, p. 335.
[386] A. SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse, Strasbourg, 1980, t. I, p. 386, n° 199.

l'autre »[387]. L'étroite corrélation entre compétences juridictionnelle et législative nie l'essence même du droit international privé, qui consiste en la possibilité pour un juge d'appliquer une loi autre que sa loi interne[388]. Il faut respecter une stricte dichotomie entre le règlement de la question de compétence du juge et celle de la loi applicable.

Dans la même logique, B. Audit[389] a noté que *« l'attitude consistant à affirmer une compétence juridictionnelle au seul motif de l'impérativité particulière d'une loi du for en cause ne doit pas être encouragée. Elle est d'autant moins nécessaire qu'une disposition de fond qui se veut internationalement impérative peut être prise en considération par le juge étranger compétent ».*

Le caractère exclusif de la compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité de la loi de police du for témoigne, en effet, d'une méfiance systématique à l'égard du juge étranger, puisqu'il est fondé sur l'idée que la loi de police ne peut être appliquée que par les juridictions du for. Il présente, aussi, des inconvénients au niveau indirect, dans la mesure où il entraîne le refus de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers, même si le juge étranger a bien appliqué la loi de police du for[390].

201. En outre, lors de la négociation d'une convention internationale sur la compétence les jugements en matière civile et commerciale, il a été souligné, à propos de la compétence en matière immobilière, que *« lier la compétence juridictionnelle à l'application de règles d'ordre public (…) est peut-être une position démodée dans la mesure où, de plus en plus, les juges acceptent d'appliquer, ou tout au moins de prendre en considération, les règles d'ordre public étrangères. Par ailleurs, si le juge saisi n'a pas appliqué les règles d'ordre public étrangères éventuellement applicables le résultat sera l'impossibilité de reconnaître ou d'exécuter le jugement dans le pays du lieu de situation de l'immeuble »*[391].

---

[387] H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *Mélanges Kollewijn et Offerhaus*, Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht, Leyde 1962, p. 55 et s.
[388] L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, n° 191.
[389] B. AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité*, RCADI, 2003, p. 74.
[390] Sur cette question, v., A. SINAY-CYTERMANN, *op. cit.*, p. 412 et s.
[391] V. C. KESSEDJIAN « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 8 de novembre 1997), *op. cit.*, n° 37.

Il est aussi intéressant de noter que le droit français n'a pas consacré un principe général de compétence judiciaire française découlant de l'existence d'une loi de police française revendiquant sa compétence[392]. Au contraire, la Cour de cassation, dans son arrêt *Monster Cable*[393], a fait prévaloir une clause attributive de juridiction donnant compétence aux tribunaux étrangers sur l'applicabilité d'une loi de police française, qui régissait le litige[394]. Les juges nationaux ont alors fait le choix de faire prévaloir la sécurité juridique et la prévisibilité sur le respect d'une politique impérative du for[395]. La même solution a été consacrée en matière

[392] La Cour de cassation a tenté de consacrer ponctuellement une telle solution concernant la compétence française sur une demande concernant la rupture abusive d'un contrat de travail exécuté en France, *« la demande intéressant l'ordre public »*, v. Soc., 22 novembre 1972, n° 7140.482, *Bloch*, *Rev. crit. DIP*, 1973. 565, note H. BATIFFOL, *JDI* 1973. 722, note G. LYON-CAEN, et l'analyse de l'arrêt par A. Sinay-Cytermann (A. SINAY-CYTERMANN, *op. cit.*, t. I, p. 378 : *« [la Cour de cassation] a affirmé la compétence française à propos d'un V.R.P exécutant son travail en France. Les juges proclament que le statut des V.R.P prévu par la législation française est d'ordre public interne et se déclarent compétents sans rechercher si la protection du travailleur assurée par la législation étrangère est intolérable au regard du droit français. La simple supériorité de la protection du droit français suffit à légitimer à leurs yeux la compétence française »*). Comme l'écrit l'auteure, une compétence fondée sur l'applicabilité au fond d'une loi de police du for est dangereuse, dans la mesure où l'incertitude de la notion de loi de police est susceptible de provoquer un élargissement injustifié de la compétence juridictionnelle. Les tribunaux français peuvent alors s'estimer compétents lorsque l'application de la législation française leur paraît essentielle (A. SINAY-CYTERMANN, *op. cit*., p. 350). Pourtant, l'assemblée plénière a contrecarré le mouvement ainsi amorcé en décidant que *« le caractère d'ordre public de la loi de fond ne commande pas d'écarter une règle de compétence contenue dans un traité international dont l'autorité est supérieure à celle de la loi interne »* (Cass., ass. plén., 14 octobre 1977, n° 75-40.119, *Bloch*, *Rev. crit. DIP*, 1978. 166 ; *JDI* 1978. 305, note G. LYON-CAEN ; *D*. 1978. 77, note P. LAGARDE). Ces deux arrêts concernaient l'application de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile. La même solution a été adoptée à propos de la Convention de Bruxelles ; l'existence d'une loi de police française applicable au litige ne permet pas de réserver la compétence au juge français et exclure l'application de la Convention de Bruxelles (CA Paris, 16 décembre 1974, *Clunet* 1976, p. 147, note D. HOLLEAUX ; *D*. 1975, 355. Rép. Comm. 1975, p. 288, obs. G. DROZ).

[393] Civ 1re, 22 oct. 2008, *D*. 2009, p. 200, note F. JAULT-SESEKE, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 1 note D. BUREAU et H. MUIR WATT.

[394] Il ne serait pas sans intérêt de noter, ici, la technique utilisée par le juge américain afin de préserver l'efficacité de la politique législative poursuivie par une loi de police du for en présence d'une clause attributive de juridiction. Dans le contentieux *Lloyd's* (*The Society of Lloyd's v. Sir William Otho Jaffray*, 3 nov. 2000 - non publié, mais accessible sur Westlaw à 2000 WL 1629463), la juridiction américaine a recouru à la formule de l'efficacité de la clause attributive de juridiction conditionnée au fond. Malgré l'existence d'une réglementation américaine stricte concernant l'information des investisseurs intervenant sur les marchés financiers, présentant tous les aspects d'une loi de police, les juges américains ont fait prévaloir la clause attributive de juridiction souscrite par les investisseurs au profit des juridictions britanniques. Mais, la cour d'appel américaine (Cour fédérale d'appel des États-Unis, 7e circuit (3F.3d 156) 1993, *Bonny v. Society of Lloyd's*, Résumé en français in *Rev. crit. DIP*, 2002. 531, 1re esp.) a subordonné l'efficacité de la clause à la démonstration que le droit applicable devant le juge désigné *« prévoit des remèdes suffisants pour protéger les investisseurs »* et offre ainsi *« une protection substantiellement équivalente à celle des lois de police américaines »*, selon l'expression de H. Muir Watt, (H. MUIR WATT, « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 520, n° 12). Comme le remarque, P. de Vareilles-Sommières, *« même si le contrôle du respect de cette condition est évidemment mal commode, comme toujours quand il s'agit d'anticiper le contenu de la décision étrangère attendue, cette approche montre que l'admission pure et simple « à la française » telle qu'elle ressort de la jurisprudence Monster Cable (…) n'est pas la seule solution envisageable et qu'il y a place, en ce qui concerne l'efficacité des clauses attributives de juridiction interférant avec une loi de police du for, pour le développement de voies moyennes « à l'américaine », exploitables lorsque, face à telle ou telle disposition de police du for, une certaine vigilance paraît de mise afin d'éviter des atteintes trop nuisibles à l'efficacité de la politique législative du for »* (P.de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011. 207).

[395] La CJUE dans son arrêt *Cartel Damage Claims* semble adopter la même solution, en retenant qu'il ne peut être refusé de donner effet à une clause attributive de juridiction aux motifs que la juridiction désignée n'assurerait pas

d'arbitrage ; l'efficacité d'une clause d'arbitrage n'est pas écartée du seul fait que les contrats qui la contiendraient tombent dans le domaine d'une loi de police française[396].

Dans cette perspective, nous pouvons affirmer qu'aucune corrélation mécanique ne peut être établie entre applicabilité d'une loi de police et compétence exclusive, dans la mesure où les lois de police peuvent être prises en considération, voire appliquées[397], par un juge étranger et comme nous le verrons ultérieurement[398], l'ordre public international peut toujours être invoqué pour repousser un jugement irrespectueux.

Selon A. Sinay-Cytermann, la compétence exclusive en matière de validité des brevets n'est pas justifiée par l'applicabilité de la loi de l'État dont le brevet est en cause – considérée comme étant une loi de police – mais par l'implication de la souveraineté étatique, puisque le fonctionnement d'un service public est censé être mis en cause dans cette hypothèse[399]. Nous avons, pourtant, vu, auparavant qu'il est permis de douter de l'implication de la souveraineté dans cette matière[400].

---

une application effective de l'interdiction des ententes posée par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Mais elle précise que cette décision est justifiée car et dans la mesure où la juridiction désignée est celle d'un État membre, afin que le système des recours internes et préjudiciels puisse fournir une garantie suffisante de l'application effective de cette décision (CJUE 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims*, aff. C-352/13, *RTD eur*. 2015, p. 807, obs. L. IDOT, *D.* 2016, p. 1054, obs. F. JAULT-SESEKE).

[396] Civ. 1re 8 juill. 2010, n° 09-67.013, *D.* 2010. 2884, obs. X. DELPECH, note M. AUDIT et O. CUPERLIER ; *Rev. crit. DIP* 2010. 743, note. D. BUREAU et H. MUIR WATT ; *Rev. arb*. 2010. 513, note R. DUPEYRÉ : *« le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables »*.

[397] Concernant l'impérativité des lois de police étrangères, il faut souligner que les lois de police de la loi normalement applicable (*lex causae*) ont vocation à s'appliquer au même titre que les autres dispositions de la *lex causae*. Ainsi que le disent D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de la Pradelle, *« un véritable refus de mettre les autorités judiciaires du for au service de la politique législative étrangère constitue une attitude condamnée aujourd'hui car les lois de police étrangères satisfont des intérêts étatiques, étrangers certes, mais qui n'en sont pas moins respectables. Au contraire, l'application en France des lois de police étrangères peut contribuer à créer un climat de collaboration internationale propice à l'application réciproque à l'étranger des lois de police françaises. Un refus d'appliquer les lois de police étrangères pourrait amener à rendre une décision différente de celle que la loi de police étrangère déterminerait, il s'agit plus alors d'indifférence mais d'hostilité à la réalisation des intérêts exprimés par la loi de police étrangère »* (D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, éd. Masson, 1987, p. 627, n° 660 et s.). Il convient, pourtant, de préciser quant à la méthode à suivre afin de prendre en considération les lois de police étrangères, que le raisonnement conflictuel classique n'est pas le seul envisageable. Selon certains auteurs, il faut adopter la méthode unilatéraliste et admettre l'application de la loi de police chaque fois qu'elle se veut applicable (v. A. SINAY-CYTERMANN, *op. cit.*, p. 399 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 104, n° 131, *« le juge devrait imposer l'observation de la loi de police étrangère dans tous les cas où cela lui paraît nécessaire à la réalisation du but de celle-ci »*).

[398] V. *infra*, n° 208 et s..

[399] A. SINAY-CYTERMANN, *op. cit.*, p. 691 et s.

[400] V. *supra*, n° 146 et s..

202. ***L'éventuel bouleversement du fonctionnement normal des règles de compétence***. En outre, déduire de l'existence d'une loi de police dans l'ordre juridique d'un État, la compétence exclusive des tribunaux de cet État, est susceptible de bouleverser le fonctionnement normal des règles de compétence judiciaire. En effet, dans ce cas-là, le juge saisi d'un litige mettant en cause une règle impérative du for, pourrait faire surgir des règles de compétence exclusive cachées[401]. Par ailleurs, si l'applicabilité des règles impératives impose l'obligation d'établir des fors exclusifs, il aurait fallu édicter de tels fors en matière de contrats de consommation ou de travail, qui comportent de nombreuses lois de police. Or, cette solution a été jugée très rigide et inopportune pour ces matières et elle n'a pas été finalement consacrée[402].

203. ***L'assouplissement envisageable de la compétence exclusive en cas d'harmonisation matérielle***. Il convient enfin de remarquer que la justification d'une règle de compétence exclusive, fondée sur l'idée qu'il serait inacceptable qu'une autre politique législative que celle de l'État du for soit mise en œuvre, tombe en cas d'harmonisation matérielle. Ainsi que l'écrit E. Pataut, *« il n'est pas impossible qu'une telle politique soit effectivement mise en œuvre, même si c'est ailleurs que sur le territoire de l'État en cause. En d'autres termes, il serait envisageable d'assouplir la compétence exclusive s'il était possible de s'assurer qu'en toute hypothèse, la solution imposée par l'État serait imposée de la même façon dans un autre État »*[403].

Ceci est parfaitement concevable surtout en matière de propriété intellectuelle avec l'harmonisation matérielle qui est déjà partiellement réalisée dans le domaine de la marque

---

[401] Il faut, cependant, rappeler qu'une compétence exclusive prévue par le droit national ne peut être prise en compte dans les relations intra-européennes, en raison de l'existence d'une liste exhaustive des compétences exclusives établie à l'article 24 RBI *bis*. V. *supra*, n° 87.

[402] En droit national ainsi qu'en droit européen, l'hésitation à qualifier les règles en matière de contrat de travail de loi de police a eu des répercussions sur la construction d'une règle de compétence appropriée en la matière. En effet, l'hésitation à qualifier la loi du contrat de travail de loi de police a conduit à vouloir fonder une compétence impérative et exclusive. Dans la version initiale de la Convention de Bruxelles, aucune règle spécifique au contrat de travail n'a été prévue mais la première idée avait été de créer un chef de compétence impératif et exclusif au profit du tribunal du lieu d'exécution du travail dans le cadre de l'article 16 et non pas une compétence spécifique. La solution n'a pas été retenue, car les négociateurs ont considéré qu'elle a été trop rigide alors que la matière était en pleine évolution et susceptible de faire l'objet d'une harmonisation future. Après la construction d'une règle de conflit de lois fondée sur l'idée de faveur du travailleur, une règle de compétence spécifique centrée également sur la notion de protection du salarié a émergé, en droit national comme en droit européen (E. PATAUT, *Principe de souveraineté…, op. cit*., p. 184 et s.). Il est aussi intéressant de noter qu'en matière de détachement, malgré l'existence des lois de police, la solution n'a pas été de créer une compétence exclusive au profit de l'État membre sur lequel le travailleur est détaché, mais une compétence concurrente (v. directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services révisée récemment par la directive 2018/957/UE du 28 juin 2018).

[403] E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS éd., 2013, p. 23.

européenne et du brevet européen[404], comme nous le verrons plus tard lorsque nous aborderons le sujet du traitement actuel des compétences exclusives. L'harmonisation matérielle permet alors d'assurer que la politique législative sera suivie à l'identique dans les autres États membres.

Il serait, à présent, intéressant d'examiner l'exception qui a été introduite en droit européen concernant la compétence exclusive en matière de baux d'immeubles, alors que cette dernière s'explique notamment par la nécessité de l'application de la loi du lieu de situation de l'immeuble.

B. L'exception introduite à la compétence exclusive en matière de baux d'immeubles

204. ***L'exception insérée à la compétence exclusive en matière de baux d'immeubles***. La compétence exclusive en matière de baux d'immeubles se justifie notamment par la nécessité de l'application de la loi de l'immeuble en tant que loi de police qui vise à protéger le locataire. Pourtant, l'inclusion des contrats de bail dans le champ de la compétence exclusive a été contestée. La solution paraît discutable sur le plan théorique, car nous pouvons douter qu'un contrat de bail soit lié à un intérêt étatique si prépondérant qu'il ne puisse supporter aucune autre compétence juridictionnelle que celle du for. Si l'objectif visé est la protection du locataire, une règle protectrice spécifique serait probablement plus adaptée que la rigidité d'une compétence exclusive, dans la mesure où cette dernière peut conduire le locataire à plaider en un lieu qui ne répond pas aux impératifs de protection[405].

En outre, lorsque la durée du bail immobilier est courte, comme c'est le cas des locations de vacances, la compétence exclusive apparaît beaucoup plus difficile à justifier. Dans cette hypothèse, les impératifs de protection du preneur à bail sont moins forts, étant donné que le régime juridique du locataire n'est pas toujours applicable aux baux de courte durée. Ainsi que l'avait précisé le rapport Schlosser, *« le ratio legis [de l'article 16 §1 de la Convention de Bruxelles] n'exige assurément pas qu'il soit applicable aux contrats de cession d'usage conclus*

[404] Les lois auxquelles sont soumises les parties nationales du brevet européen sont substantiellement identiques car elles proviennent d'un même texte, la convention de Munich du 5 octobre 1973 et les règles régissant le brevet européen à effet unitaire sont prévues par le règlement 1257/2012 du 17 décembre 2012 et l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet.
[405] E. PATAUT, *Principe de souveraineté…op. cit.*, p. 257.

pour une durée limitée, notamment aux fins d'un séjour de vacances »[406]. Toutefois, la protection du locataire, en tant que consommateur, semble nécessaire. Si nous suivons cette logique, la solution des compétences exclusives paraît très brutale, puisqu'elle empêche le consommateur de pouvoir saisir un tribunal proche de ses intérêts.

Les États européens ont alors décidé d'établir une exception pour les contrats de bail de courte durée en offrant, sous certaines conditions, une option au demandeur entre le for de l'immeuble et le for du domicile du défendeur. La résistance de certains États avait empêché l'élimination totale des baux immobiliers du domaine des fors exclusifs[407].

L'exception ainsi formulée n'était pas initialement prévue dans le texte de la Convention de Bruxelles et c'est l'affaire *Rösler* du 15 janvier 1985 qui a révélé sa nécessité – le litige en l'espèce portait sur un contrat de bail de courte durée conclu entre deux Allemands relativement à un immeuble situé en Italie. L'option de compétence en matière de baux d'immeubles de durée limitée a été introduite par la Convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1990 relative à l'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la Convention de Bruxelles[408].

Elle est ouverte dans le cas bien particulier d'un contrat de location de courte durée conclu entre deux personnes établies dans le même État membre, à propos d'un immeuble situé dans un autre État membre – le locataire doit être une personne physique (article 24 §1 second alinéa)[409]. Selon, le rapport Jenard/Möller concernant la Convention de Lugano de 1988, nous

---

[406] Rapport Schlosser sur la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice, n° 164, p. 120.

[407] Lors de la négociation de la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni à la convention de Bruxelles, une majorité des États membres s'est prononcée contre la proposition du Royaume-Uni visant à modifier l'article 16 §1 de telle manière que la compétence perde son caractère d'exclusivité au cas où le litige porterait sur des contrats de location d'immeubles de durée limitée, notamment si l'immeuble a été loué pour un séjour de vacances.

[408] L'option de compétence en matière de baux d'immeubles de courte durée a été déjà prévue dans la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 et a été reprise dans la Convention de Saint-Sébastien. Toutefois, les conditions posées dans les deux textes à propos de cette option de compétence n'étaient pas les mêmes. D'une part, selon la Convention de Lugano de 1988 le locataire devait une personne physique et qu'aucune des parties ne devait être domiciliée dans l'État contractant où l'immeuble était situé ; de l'autre part, la solution retenue dans la Convention de Saint-Sébastien était plus restrictive, puisque le texte exigeait que le locataire et le propriétaire soient des personnes physiques domiciliées dans le même État contractant. Aujourd'hui, il n'y a plus cette divergence les conditions prévues par le RBI *bis* et la convention de Lugano à propos de l'option de compétence sont les mêmes.

[409] Selon l'article 24 §1 second alinéa du RBI *bis*, *« Toutefois, en matière de baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs, sont également compétentes les juridictions de l'État membre dans lequel le défendeur est domicilié, à condition que le locataire soit une*

sommes en présence de *« deux compétences exclusives que l'on pourrait qualifier de compétences exclusives alternatives »*[410].

205. ***Une solution mettant en cause la notion de de compétence exclusive***. Cette solution consistant à établir une exception pour les contrats de bail de courte durée semble critiquable, dans la mesure où elle conduit à une distorsion de la notion de compétence exclusive. En effet, cette dernière est incompatible avec la possibilité d'une option de compétence[411]. La compétence exclusive est censée intervenir dans des cas où l'intérêt de l'État est directement impliqué dans le litige, au point que sera refusée toute autre compétence concurrente. L'existence de deux compétences alternatives fait disparaître la justification de l'exclusivité. L'idée d'une double exclusivité obscurcit et affaiblit la notion de compétence exclusive.

H. Muir Watt parle même d'une *« barbare exclusivité alternative »*[412]. Il serait préférable de considérer que les contrats de location de courte durée relèvent plutôt du régime spécial des contrats de consommation, dès lors qu'il s'agit de protéger un consommateur contre la puissance disproportionnée d'un professionnel du voyage[413]. Compte tenu de ces difficultés, le principe de la compétence exclusive en matière immobilière est aujourd'hui discuté, puisque le lien entre intérêt étatique et propriété immobilière apparaît moins fort. D. Bureau et H. Muir Watt affirment que, parmi les compétences exclusives, la compétence du juge du lieu de l'immeuble *« est sans doute conceptuellement un intrus »*[414].

Dans cette optique, il a été proposé d'exclure les baux d'immeubles de la compétence exclusive de l'article 24 §1 pour les intégrer soit aux règles relatives aux contrats de consommation soit à la matière contractuelle et prévoir une option de compétence spéciale, en faveur du juge du lieu de situation de l'immeuble. Ainsi, la compétence prévue serait concurrente et non pas exclusive.

---

personne physique et que le propriétaire et le locataire soient domiciliés dans le même État membre ». La même solution est prévue dans la Convention de Lugano du 30 oct. 2007 (art. 22 §1).

[410] Rapport Jenard/Möller, JOCE, N° C 189/57, p. 75.

[411] E. PATAUT, *Principe de souveraineté…op. cit*., p. 260.

[412] H. MUIR WATT, « Compte rendu de l'ouvrage de Fernández Arroyo (Diego P.) : El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea », *Rev. crit. DIP* 1998, p. 372.

[413] Cette solution permettrait au locataire de ne pas se voir indûment opposer une clause attributive de juridiction sans pourtant aboutir à une déformation de la notion de compétence exclusive et une limitation importante et injustifiée de la libre circulation des jugements.

[414] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Puf, Tome 1, coll. « Thémis », 3e éd., 2014, n° 72.

206. Il est intéressant de noter que l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale[415], établi en 1999 dans le cadre de la Conférence de La Haye, excluait de la compétence exclusive de l'État du lieu de situation de l'immeuble les baux d'immeubles, lorsque le locataire a sa résidence habituelle hors de l'État où l'immeuble se trouve.

Selon l'article 12 §1 de l'avant-projet, *« si l'action porte sur des droits réels immobiliers ou des baux d'immeubles, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé, sauf si, en matière de baux d'immeubles, le locataire a sa résidence habituelle hors de cet État »*. Il faut remarquer que cette exception a une portée plus large que celle de la Convention de Bruxelles, puisqu'elle n'est pas subordonnée à la durée et à l'usage de la location, ni à la qualité des parties concernées, ni à la résidence de ces dernières dans le même État[416].

En outre, comme le précise le rapport Nugh/Pocar relatif à ce projet de convention[417], *« à la différence de la Convention de Bruxelles, qui laisse subsister la compétence, bien que non exclusive, des tribunaux de l'État de situation de l'immeuble, la disposition de l'avant-projet de Convention implique que lorsque le locataire n'a pas de résidence habituelle dans cet État, aucune compétence, même non exclusive, n'est donnée par la Convention à ses tribunaux en la matière. Les actions concernant les baux d'immeubles dans la situation considérée seront réglées, quant à la compétence, par les autres dispositions de la Convention (for du défendeur, for contractuel, for élu, etc.) dans la mesure où elles puissent s'appliquer au cas d'espèce, ou par le droit national de l'État du juge saisi ».*

Il est aussi important d'observer que la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale de 2019 adopte comme point de départ l'approche selon laquelle les baux immobiliers doivent être traités comme des contrats sans accorder une compétence exclusive aux tribunaux de l'État dans lequel l'immeuble est situé.

---

[415] V. l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale *op. cit.*.

[416] Toutefois, le texte provisoire de juin 2001 sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale de la Conférence diplomatique, *op. cit.*, proposait de limiter l'exclusion des baux d'immeubles de la compétence exclusive de l'État de la situation du bien à un bail conclu pour une période maximale de six mois. Aucun consensus n'a été atteint à propos de cette question.

[417] V. Rapport NYGH/POCAR, *op. cit*. p. 67.

207. Aux termes de l'article 5 §1 alinéa h), un jugement qui porte sur un bail immobilier est susceptible d'être reconnu et exécuté s'il a été rendu dans l'État où est situé l'immeuble. Pourtant, cette disposition n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution d'un tel jugement lorsque le juge d'origine n'est pas celui de l'État du *situs*. D'après le rapport explicatif des F.-J. Garcimartín Alférez et G. Saumier, l'article 5 §1 alinéa h) *« n'exclut pas l'application d'autres critères de compétence, tels que la résidence habituelle du défendeur, visée à l'article 5 §1 alinéa a. Ainsi, un jugement rendu par les tribunaux de l'État où le défendeur avait sa résidence habituelle circulera en vertu du projet de Convention même s'il portait sur un bail relatif à un bien immobilier situé dans un autre État »*[418].

Cependant, l'article 5 §3 pose une exception à cette règle, mais seulement à propos des baux immobiliers résidentiel[419] ; un jugement portant sur un bail immobilier résidentiel peut être reconnu et exécuté uniquement s'il a été rendu par un tribunal de l'État où est situé l'immeuble – sans pourtant exclure la reconnaissance ou l'exécution d'un tel jugement rendu par un autre État en vertu du droit national.

Il convient, alors, de souligner que selon la Convention Jugements, la règle consiste à ne pas attribuer une compétence exclusive en matière de baux d'immeubles, sauf s'il s'agit d'un bail immobilier d'habitation.

Nous allons, maintenant, voir qu'il n'est pas nécessaire d'établir une règle de compétence exclusive afin de préserver l'impérativité de la loi du for. Cette dernière peut être préservée par le biais du mécanisme de l'ordre public international.

II. La préservation de l'impérativité de la loi du for à travers le mécanisme de l'ordre public international

208. ***Un contrôle curatif de la conformité du jugement étranger à l'ordre public international du for***. Selon L. d'Avout, la fermeture absolue de l'ordre juridique par l'introduction d'un chef de compétence juridictionnelle exclusive peut paraître

[418] V. le rapport de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 39, n° 166.
[419] Le projet de Convention 2018 envisageait à son article 6 c) un chef indirect de compétence exclusive en matière de baux immobiliers mais seulement pour des jugements portant sur un bail immobilier d'une durée supérieure à six mois et à condition que la loi de l'État où le bien est situé attribue aux tribunaux de cet État une compétence exclusive sur cette matière (v. le rapport de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 54, n° 236 et s.).

disproportionnée, puisqu'elle nie toute prise en compte des intérêts de justice procédurale privée, au motif souvent discutable de l'existence d'intérêts souverains jugés prépondérants.

« Une alternative plus adéquate à la protection des intérêts de l'État de situation pourrait consister, au lieu de se réserver préventivement l'entier contentieux international, à déléguer compétence aux juridictions étrangères, en se contentant alors d'un contrôle curatif de la conformité du produit juridictionnel concret aux exigences locales d'ordre public procédural et substantiel. La compétence n'est pas alors absolument réservée, mais l'activité juridictionnelle étrangère, contrôlée au stade de la réception et de la mise à exécution du jugement, se trouve en quelque sorte indirectement conditionnée par les vues de l'ordre juridique de contrainte »[420]. L'auteur se réfère à la compétence exclusive prévue en matière immobilière mais nous pouvons étendre ce raisonnement à l'ensemble de règles de compétence exclusive.

209. Si nous considérons que les compétences exclusives se justifient par le fait que les lois applicables dans les matières visées sont habituellement des lois impératives, leur préservation devait pouvoir s'imposer au travers du contrôle du respect de l'ordre public international dans l'instance ultérieure, lors de la réception de la décision étrangère dans l'État requis, et non pas forcément au travers de l'édiction d'une compétence exclusive.

Autrement dit, malgré l'absence d'uniformisation des règles de conflit de lois dans les matières visées par les compétences exclusives, il est possible de permettre la saisine d'un autre juge au sein de l'espace judiciaire européen, par exemple celui du domicile du défendeur, supposant que sa règle de conflit de lois désigne la loi de l'État visé par la règle de compétence exclusive en tant que loi de l'État qui présente un lien important avec le litige[421]. Le juge de cet

---

[420] L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, n° 193.

[421] V. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Précis Domat, Montchrestien, 12e éd., 2019, n° 34, p. 36 : *« Selon le pays dont les tribunaux sont saisis, la règle de conflit de lois, donc la loi applicable, et donc la solution du litige, peuvent différer. Certes, il existe des règles universelles : par exemple, tous les pays déclarent applicable aux questions réelles immobilières la loi du lieu de situation de l'immeuble »*. Par ailleurs, comme le dit Bérengère Archinard-Greil, l'application des dispositions de l'État visé par le chef de compétence exclusif est admise la plupart du temps sur un mode bilatéral et établie par la voie conflictuelle classique. *« Elle est en principe envisagée comme une nécessité reposant sur le principe de soumission de l'activité des autorités publiques à la loi de l'ordre juridique auquel elles appartiennent [et découlant ainsi] de la règle auctor regit actum »* (Bérengère ARCHINARD-GREIL, *Lois de police et conflits de juridictions. (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant)*, *op. cit.*, n° 244). Toutefois, cette règle n'exige nullement la corrélation absolue des compétences juridictionnelle et législative mais seulement le respect des règles organiques de la part des autorités publiques, sans exclure l'application du droit étranger (en ce sens

État pourrait alors accepter de reconnaître la décision rendue par le juge étranger, sous réserve d'un éventuel contrôle de la conformité de la décision à l'ordre public international de l'État requis. Ce contrôle permettrait de sauvegarder la force des lois de police de l'État requis, qui ont été ignorées ou appliquées de façon inexacte par le juge étranger.

Afin d'approfondir cette idée, il convient de distinguer entre le droit international privé commun (A) et le droit international privé européen (B).

A. Le droit international privé commun

210. ***La possibilité d'introduire dans la catégorie de l'ordre public les lois de police***. En droit international privé français, la Cour de cassation a abandonné le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance d'*exequatur* dans son arrêt *Cornelissen*[422]. Néanmoins, certains auteurs[423] estiment que ce contrôle doit être exceptionnellement maintenu lorsqu'une loi de police est applicable au litige objet de la décision étrangère.

Un tel contrôle reste possible au titre de la conformité de la décision étrangère à l'ordre public international du for. Ainsi que le souligne P. de Vareilles-Sommières[424], l'abandon du contrôle de la loi appliquée en droit national affectera les autres conditions de régularité internationale, et notamment la condition de conformité du jugement à l'ordre public. Cette dernière va commencer à prendre à sa charge une partie des objectifs qui revenaient jusqu'alors au contrôle de la loi appliquée[425].

Il est vrai que la réponse à la question de savoir s'il faut voir une atteinte à l'ordre public international, lorsque le juge étranger refuse d'appliquer la loi impérative de l'État requis ou la viole par mauvaise application, n'est pas évidente. En effet, l'intervention des lois de police dans la réglementation d'un rapport de droit privé suit une méthode propre et ne se fait pas par

---

L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *op. cit*., n° 169 ; D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Puf, coll. « Thémis », 4e éd., 2017, n° 587, t. I).

[422] Civ. 1re, 20 févr. 2007, *Rev. crit. DIP* 2007. 420, note ANCEL et MUIR WATT ; *JDI* 2007. 1195, note TRAIN ; *D*. 2007. 1115, note D'AVOUT et BOLLÉE.

[423] Civ. 1re, 20 févr. 2007, *D.* 2007. 1115, note D'AVOUT et BOLLÉE, p. 1118. Selon P. Mayer et V. Heuzé, *« le juge français ne peut consacrer, en reconnaissant la décision étrangère, une solution contraire à celle que la loi de police du for édicte »* (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11e éd., LGDJ, 2014, n° 404).

[424] P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Jugement étranger…*, *op. cit*., n°160 et s.

[425] V. TGI Paris, 26 nov. 2008, *Rev. crit. DIP* 2009. 310, note ANCEL *sanctionnant au nom de l'ordre public un jugement étranger ayant appliqué à un régime matrimonial une loi autre que celle choisie par les époux, seule compétente selon la règle de conflit de lois française.*

la voie de l'exception d'ordre public. Cela nous conduit à penser que l'ordre public international n'englobe pas les lois de police et par conséquent, un jugement étranger qui heurterait une loi impérative du for ne peut être privé d'efficacité par le jeu de la condition de conformité à l'ordre public.

Cependant, l'impérativité internationale de la loi nous amène à nous interroger sur la possibilité d'introduire dans la catégorie de l'ordre public les lois de police, si nous considérons que l'impérativité internationale correspond à la qualité d'une loi d'ordre public. Par conséquent, le juge français devrait, dans le cadre du contrôle de l'ordre public, vérifier que le jugement étranger a correctement appliqué la loi de police que le droit français reconnaît applicable au cas tranché[426].

211. ***La solution retenue en matière d'arbitrage***. Il est vrai que cette solution présenterait l'inconvénient de réintroduire la révision au fond du jugement étranger, mais ce reproche peut être évité si nous suivons la solution retenue en droit français de l'arbitrage international, comme le précise P. de Vareilles-Sommières[427]. En droit français de l'arbitrage international, lorsqu'une loi de police du for est applicable à un cas qui a été tranché par une sentence arbitrale étrangère ou internationale, la sentence sera jugée contraire à l'ordre public en cas de *« violation flagrante, effective et concrète »* de la loi de police par l'arbitre[428].

« La violation flagrante, effective et concrète de la loi de police par l'arbitre ne correspond pas à une simple mauvaise application de la loi de police, qui nécessiterait une révision au fond pour pouvoir se constater, mais à un véritable refus d'application. Derrière une application de façade de la loi de police compétente, l'arbitre rend une décision qui, en bafouant cette loi, ne peut plus être vue comme découlant d'elle. La solution a le mérite de souligner que ce n'est pas tant l'impérativité du contenu de la loi de police qui fait ici obstacle à l'efficacité de la sentence, que l'impérativité de son applicabilité, seule à avoir une spécificité par rapport à l'applicabilité

[426] En ce sens, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Jugement étranger…*, *op. cit*., n° 166.
[427] *Ibid*.
[428] Paris, 18 nov. 2004, *Thalès Air Défense*, *Rev. crit. DIP* 2006. 104, note BOLLÉE ; *JDI* 2005. 357, note MOURRE ; *D*. 2005. Pan. 3050, obs. CLAY ; *JCP* 2005. I. 134, note SERAGLINI ; Civ. 1re, 4 juin 2008, *SNF c/ Cytec*, *JDI* 2008. 1107, note MOURRE ; *Rev. arb*. 2008. 473, note FADLALLAH ; *D*. 2008. Pan. 2566, obs. D'AVOUT et BOLLÉE ; *JCP* 2008. I. 164, obs. SERAGLINI ; Civ. 1re, 11 mars 2009, *A. de Premont*, *D*. 2009. Pan. 2968, obs. CLAY ; *Rev. arb*. 2009. 240. - Civ. 1re, 6 oct. 2010, *Abela*, *Rev. arb*. 2010. 813, note TRAIN ; *D*. 2011. Pan. obs. FRICERO. - Civ. 1re, 29 juin 2011, *Smeg c/ Poupardine* ; *JCP* 2011, Doctr. no 1064, obs. NOURISSAT ; *JCP* 2011, Doctr. n° 1432, obs. BÉGUIN.

d'une règle d'ordre public interne. C'est en somme parce que la sentence viole une compétence législative d'ordre public selon le for d'accueil qu'elle est privée d'effet dans ce for »[429].

Si nous transposons cette solution au droit des jugements étrangers, une décision étrangère statuant sur une question couverte, selon l'ordre juridique français par une loi de police déterminée, serait considérée comme contraire à l'ordre public international, lorsque le juge étranger refuse d'appliquer la loi de police pertinente, en niant sa compétence, ou il l'a dénaturée, en procédant à sa violation *« flagrante, effective et concrète »*. La décision étrangère est sauvée en vérifiant qu'elle correspond à celle qu'aurait prononcée le juge français[430].

B. Le droit international privé européen

212. ***La conception stricte du contrôle à l'ordre public international du for***. Sur le plan européen, le principe du contrôle de la loi appliquée par le tribunal étranger est supprimé ; les RBI et RBI *bis* ne font plus la moindre allusion à ce contrôle. La suppression du contrôle de la loi appliquée repose sur l'idée d'une confiance mutuelle entre les États membres, qui existe grâce à l'harmonisation des règles de conflit de lois opérée dans de nombreuses matières.

Cependant, le contrôle de la conformité du jugement étranger à l'ordre public international du for est préservé. L'article 45 §1 du RBI *bis* dispose, en effet, que *« la reconnaissance d'une décision est refusée si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis »*. L'article 46 précise qu'à la demande de la personne contre laquelle l'exécution est demandée, l'exécution d'une décision est refusée lorsque l'existence de l'un des motifs visés à l'article 45 est constatée.

L'adverbe *« manifestement »* révèle une volonté de retenir une conception restrictive de l'ordre public. La jurisprudence de la Cour de justice ne s'est pas prononcée expressément sur la question des rapports entre la violation, par un jugement provenant d'un autre État membre de l'Union, de la loi de police d'un for et la violation de l'ordre public de ce for. Pourtant, la

[429] P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Jugement étranger…*, *op. cit.*, n° 166.
[430] Cette solution tend à convertir les compétences exclusives en compétences concurrentes, sous réserve du respect de la loi de police française. V. D. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, LGDJ 1970, n° 247, p. 217.

Cour de justice de l'UE avait déjà exprimé l'opinion selon laquelle la clause de l'ordre public ne doit jouer que dans des cas exceptionnels[431].

213. Dans son arrêt *Renault c/ Maxicar*, la Cour s'est estimée compétente pour contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à la notion d'ordre public, et a déclaré qu'un tel recours *« n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental »* et qu'*« afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique »* (point 30 de l'arrêt).

Dans cette affaire, la question posée portait sur le pouvoir du juge d'un État membre d'écarter comme contraire à l'ordre public un jugement provenant d'un autre État membre, dont il était allégué qu'il portait atteinte aux articles 30 à 36 du Traité CE relatifs à la libre circulation des marchandises ainsi qu'à l'article 86 du même Traité, luttant contre les abus de position dominante. La Cour a semblé, alors, avoir admis qu'un jugement étranger peut, ou même, doit être tenu en échec au for en cas de violation, par la solution qu'il apporte, de la loi de police dudit for, si nous considérons que les dispositions du Traité CE en cause sont des lois de police européennes.

Mais, la Cour précise finalement que *« le juge de l'État requis ne saurait, sous peine de remettre en cause la finalité de la convention, refuser la reconnaissance d'une décision émanant d'un autre État contractant au seul motif qu'il estime que, dans cette décision, le droit national ou le droit communautaire a été mal appliqué »* (point 33 de l'arrêt). La Cour de justice a, alors, fait prévaloir le principe de prohibition de la révision au fond et celui du respect de

[431] CJCE, 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, Aff. C-38/98, *Rev. crit. DIP* 2000. 497, note H. GAUDEMET-TALLON, *JDI* 2001. 696, obs. A. HUET (v. aussi CJCE 4 févr. 1988, *Hoffmann*, aff. C-145/86, *Rev. crit. DIP* 1988. 398, note H. GAUDEMET-TALLON, *JDI* 1989. 449, obs. A. HUET ; CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, Aff. C-7/98, *Rev. crit. DIP*. 2000. 481, note H. MUIR WATT, *Europe* 2000, comm. 157, obs. L. IDOT, *Gaz. Pal*. 2000, n°275, p. 230, obs. M.-L. NIBOYET). Dans le même sens, CJCE 28 avr. 2009, *Apostolides*, aff. C-420/07, *Europe* 2009, n° 262, obs. L. IDOT, *Europe* 2009, n° 213, obs. V. MICHEL, *Rev. crit. DIP* 2010. 377, note E. PATAUT et CJUE 6 sept. 2012, *Trade Agency*, aff. C-619/10, *Europe* 2012, comm. 469, obs. L. IDOT, *D*. 2013. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE ; CJUE 16 juillet 2015, *Diageo Brands BV*, aff. 681/13, *Procédures* 2015, com. 297, C. *Nourissat* ; CJUE 1ère ch. 25 mai 2016, *Meroni c/ Recoletos Limited*, aff. C-559/14, *D*. 2016. 1206.

l'autorité de la chose jugée sur les considérations de l'efficacité de la politique législative de l'Union.

214. ***L'intervention possible de l'ordre public face à la violation d'une loi impérative***. Néanmoins, l'hypothèse de la contrariété à l'ordre public d'une décision étrangère, qui a méconnu une loi impérative de l'État requis ou une loi de police européenne ne doit pas être exclue de façon catégorique[432]. L'arrêt *Renault c/ Maxicar* permet l'intervention de l'ordre public face à une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis. Le droit européen pourrait s'inspirer de la solution retenue en matière d'arbitrage international français. Ainsi, en présence d'une violation flagrante, effective et concrète de la loi de police du for par le juge étranger, l'ordre public du for devrait être considéré comme affecté. L'efficacité de la politique législative devrait, alors, l'emporter sur l'autorité de la chose jugée de la décision étrangère[433].

Avec le contrôle de conformité à l'ordre public, l'État requis peut affirmer sa prééminence et préserver l'impérativité de sa loi, *« sans avoir recours à la mesure protectionniste radicale que constitue l'érection d'un chef de compétence juridictionnelle exclusive »*[434]. Ce contrôle permet, lorsque l'intérêt de l'État est impliqué, de vérifier que les exigences du for sont respectées par le juge étranger et favorise une plus grande coopération internationale.

215. Dans ce contexte, l'ordre juridique de l'État requis, qui doit être considéré comme l'ordre juridique de référence, puisque la situation présente des liens prépondérants avec ce dernier, admet la concurrence des compétences juridictionnelles et fait confiance aux juridictions étrangères, acceptant qu'elles connaissent d'un litige qu'il aurait pu se réserver. Néanmoins, cette confiance doit être retirée si le juge étranger n'a pas respecté les lois impératives de l'ordre juridique requis.

---

[432] Il est intéressant de noter la position du Groupe européen de droit international privé : 20e réunion, Copenhague, 17-19 septembre 2010 : Le règlement « Bruxelles I » et les décisions judiciaires rendues dans des États non membres de l'Union européenne, disponible sur http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-32FR.htm. Selon l'art. 56-5 : *« Une décision n'est pas reconnue dans la mesure où : 1) elle a été rendue en méconnaissance : - d'une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par l'État requis au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au rapport juridique ; ou - d'une disposition impérative du droit de l'Union européenne dont le respect est jugé crucial par l'Union au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au rapport juridique [...] »*. Cependant, cette position n'a pas été retenue par le RBI *bis*.

[433] En ce sens, P.de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011. 207.

[434] L. D'AVOUT, *Sur les solutions…op. cit*., n° 200.

Il s'agit d'une approche inspirée de la méthode de référence à l'ordre juridique prépondérant proposée par P. Picone[435]. Autrement dit, dans les matières visées par les règles de compétence exclusive, nous pouvons voir non pas l'exigence de l'édiction d'une compétence exclusive, afin de préserver l'impérativité de la loi du for, mais l'existence d'un ordre juridique prépondérant, qui peut admettre la concurrence juridictionnelle faisant confiance aux juges étrangers, à condition que ces derniers respectent ses lois impératives.

Comme l'écrit G. Cuniberti, la méthode de référence à l'ordre juridique compétent *« peut aider à une dissociation entre compétences juridictionnelle et législative quand l'ancrage du rapport de droit dans un ordre juridique était tel qu'il en avait déterminé les critères et de conflit de lois, et de conflit de juridictions »*[436]. L'auteur prend l'exemple de la matière immobilière, parce que le lieu de situation de l'immeuble a influencé toutes les règles de droit international privé.

Mais, il peut exister dans certaines hypothèses un réel besoin pour que des litiges relatifs au statut réel immobilier soient tranchés dans un autre pays que celui du lieu de situation de l'immeuble – surtout en matière de baux d'immeubles et de locations de vacances – en raison de l'internationalisation des rapports privés. Dans ce cas de figure, il peut être intéressant que le juge saisi s'estime compétent, à condition que son jugement puisse être reconnu par l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble.

216. Le même raisonnement peut être suivi dans d'autres matières visées par les compétences exclusives, à savoir la matière de validité des sociétés ou de titres de propriété intellectuelle, dans lesquelles l'internationalisation des relations privées pose également la nécessité que le litige soit jugé dans un autre pays que celui où la société a son siège ou le titre

[435] La méthode présentée par cet auteur permet une plus grande harmonie lors de la création dans l'ordre local d'une situation juridique qui présente des liens prépondérants avec un ordre juridique étranger considéré compétent (ordre juridique de référence). Dans ce cadre, l'ordre local doit s'en abstenir, si son jugement est insusceptible de reconnaissance dans l'ordre juridique de référence. Si, en revanche, la reconnaissance est possible, le juge saisi doit se conformer aux prescriptions de l'ordre juridique de référence, c'est-à-dire respecter ses conceptions d'ordre public procédural et substantiel, appliquer ses lois internationalement impératives, éventuellement même se conformer à son système de solution du conflit de lois (P. PICONE, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI, 1986, t. 197 et *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, RCADI, 1999, t. 276). Il existe également une autre théorie qui consiste à subordonner la création d'une situation juridique à sa reconnaissance par l'ordre juridique prépondérant, il s'agit de la *foreign court theory*, laquelle propose que le juge statue selon le droit international privé de l'ordre juridique mieux placé. Le juge saisi raisonne comme l'aurait fait le juge que l'on considère comme normalement compétent (P. LAGARDE, *Le principe de proximité…op. cit.,* n° 162 et s., G. DROZ, *Regards sur le droit international privé comparé*, RCADI, 1991, vol. 229, n° 381).

[436] G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires…op. cit.,* p. 168, n° 227 et s.

de propriété intellectuelle est enregistré ou délivré. Selon G. Cuniberti, ce raisonnement est aussi transposable en matière des mesures conservatoires, lesquelles même si elles subissent une attraction très forte de l'ordre juridique sur le territoire duquel elles devront être matériellement exécutées, il est nécessaire, dans certains cas, qu'elles portent sur des biens situés à l'étranger[437].

Dans l'espace judiciaire européen, nous pouvons également envisager la mise en place d'un mécanisme de coopération transfrontalière fondé sur le dialogue judiciaire intracommunautaire afin d'assurer la bonne application de la loi impérative étrangère. Dans ce cadre, il faudra permettre au juge saisi de nouer un dialogue avec le juge de l'État dont les intérêts sont en cause à propos de l'application de sa loi lorsque celle-ci s'avère être une tâche difficile. En d'autres termes, le juge étranger doit pouvoir consulter l'avis de son homologue sur la mise en œuvre de sa loi dans le but de garantir par la suite la possibilité de reconnaissance et d'exécution de sa décision[438].

En dehors de la solidarité nécessaire entre loi applicable et compétence du for, qui est avancée afin de justifier les règles de compétence exclusives, d'autres considérations privatistes sont aussi invoquées. Il convient, maintenant, de s'intéresser à ces dernières.

§2 Les autres considérations pratiques invoquées afin de justifier les compétences exclusives

217. ***La proximité du juge***. L'argument tiré de la nécessaire proximité du juge afin de réaliser des diligences procédurales, dans un souci de bonne administration de la justice, paraît également insuffisant pour fonder les règles de compétence exclusive. Une proximité considérable entre un litige et un État ne justifie que la compétence concurrente des tribunaux de celui-ci. L'idée de proximité ne permet pas de justifier le caractère exclusif de la compétence. Elle ne permet non plus de justifier le caractère impératif de la compétence, car les compétences fondées sur la proximité sont des compétences supplétives, pouvant être écartées par la volonté des parties.

Ainsi que le mentionne E. Pataut concernant la matière réelle immobilière, *« les considérations purement géographiques ou matérielles, relatives à la commodité des parties, à*

[437] *Ibid*.
[438] V. sur ce point *infra* n° 768 et s. ; n° 829.

la localisation des preuves ou à l'exécution du jugement permettent à l'interprète de considérer en opportunité que le caractère exclusif, et non simplement concurrent, de la compétence en matière immobilière est bienvenu, il n'en demeure pas moins que la justification profonde de ce caractère exclusif échappe à ces considérations matérielles »[439].

Aujourd'hui, la réalisation des activités en dehors de la juridiction peut être canalisée par des mécanismes de coopération internationale, surtout si on se situe dans un contexte d'intégration comme celui de l'Union européenne. Avec les facilités énormes de communication de nos jours, il est possible d'imaginer le développement d'un système de communication internationale entre tribunaux, afin d'inciter le dialogue entre juges.

Il est intéressant de noter que C. Kessedjian avait souligné – dans son rapport lors de la négociation de la Convention internationale sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale au sein de la Conférence de La Haye – que l'argument tenant à la nécessité des constatations sur place soulevé afin de justifier la compétence exclusive en matière immobilière *« perd, dans le cadre des Conventions de La Haye, une grande part de sa valeur dans la mesure où on peut penser que les États Parties à la future Convention seront également Parties à la Convention de la Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale »*[440].

218. Ensuite, si la raison d'être des compétences exclusives s'appuie aussi sur la convenance de concentrer le litige dans un for unique pour éviter le risque des décisions contradictoires, il semble fort évident que la même finalité peut être réalisée à travers l'élection de for par les parties ou le recours à l'arbitrage.

Par ailleurs, il est intéressant de constater que, s'agissant de la compétence exclusive en matière de sociétés, le rapport Jenard précise que cette règle *« aboutira le plus souvent à l'application de l'adage traditionnel actor sequitur forum rei »*[441]. Autrement dit, les litiges

---

[439] E. PATAUT, *Principe de souveraineté…op. cit*., n° 374, p. 251. Selon l'auteur, la compétence exclusive en matière immobilière correspond à l'hypothèse type d'une revendication de souveraineté, dans un but de protection particulière des intérêts de l'ordre juridique local, souvent conforté par les motifs d'ordre public à l'application de la loi locale au fond du litige. Pourtant, comme on l'a observé, l'implication de la souveraineté dans cette matière est contestable et le caractère impératif de la loi locale ne permet pas de justifier l'exclusivité de la compétence.
[440] C. KESSEDJIAN, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 7 d'avril 1997), *op. cit*, n° 84.
[441] Rapport Jenard, *op. cit.*, p. 35.

visés par l'article 24 §2 RBI *bis* seront jugés le plus souvent devant les juridictions exclusives en tant que tribunaux du lieu du domicile du défendeur. La compétence de principe permet alors de rendre compétents les tribunaux visés par l'article 24 §2 ; l'exclusivité de la compétence ne semble pas si nécessaire dans cette matière et elle ne se justifie pas vraiment, comme nous l'avons déjà souligné[442].

219. ***La coïncidence entre le lieu du litige et le lieu supposé de l'exécution des décisions*****.** Enfin, la coïncidence entre le lieu du litige et le lieu supposé de l'exécution des décisions à adopter ne peut non plus justifier pleinement l'exclusivité de la compétence juridictionnelle. Il existe de nombreuses situations dans lesquelles le jugement s'exécutera nécessairement dans un pays étranger, sans pourtant que la compétence du tribunal de l'État d'origine soit affectée. La prise en compte concrète de l'efficacité potentielle de la décision au stade de la compétence est surprenante. « *En effet, si, en opportunité, il est évident qu'il est peu utile de pouvoir saisir un juge dont la décision n'aura aucun effet, il est en revanche surprenant, en toute logique, de faire ainsi dépendre la compétence de la portée de la décision que le juge pourrait prendre* »[443].

Comme l'écrit L. d'Avout, à propos de la compétence exclusive en matière réelle immobilière, cet argument tiré de la coïncidence entre le lieu du litige et le lieu supposé de l'exécution des décisions, *« s'il explique éventuellement pourquoi l'ordre juridique du for se déclare incompétent lorsque l'immeuble est situé à l'étranger, il n'explique nullement les raisons positives de la compétence exclusive lorsque l'immeuble est situé sur le territoire local : l'emprise physique immédiate sur la chose n'est pas un argument valable de réservation du contentieux »*[444].

---

[442] V. *supra*, n° 150 et s..

[443] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique, op. cit*. p. 208. G. Cuniberti, s'interrogeant sur la norme de droit international public qui attribue tout pouvoir de coercition à l'État dominant le territoire concerné, il a conclu qu'elle n'avait aucun impact sur la compétence des juridictions françaises pour prononcer de telles mesures à exécuter à l'étranger (G. CUNIBERTI, *op. cit*., n° 30 et s., G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité des voies d'exécution », *JDI* 2008, p. 963). S. Clavel a démontré, sur les mêmes fondements, que la compétence n'était pas en cause lorsqu'il fallait s'interroger sur la possibilité pour le juge français d'ordonner des mesures à portée extraterritoriale (S. CLAVEL, *op. cit*., n° 379 et s..)

[444] L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, n° 191.

Conclusion du Chapitre II

220. Nous avons essayé de démontrer, dans ce chapitre, que les fondements théoriques des compétences exclusives, prévues en matière civile et commerciale, ne permettent pas de justifier pleinement ces règles de compétence. L'implication de la souveraineté étatique dans certains domaines visés, c'est-à-dire en matière immobilière, en matière de propriété intellectuelle et en matière de sociétés, est contestable. Elle semble, en revanche, justifiée en cas d'intervention d'autorités publiques, c'est-à-dire en matière de validité des inscriptions sur les registres publics et lorsqu'est en cause l'intervention matérielle des organes d'exécution dans le cadre d'exécution des décisions.

La renonciation des États à exercer leur compétence juridictionnelle dans des matières traditionnellement liées à la souveraineté étatique donne à penser que même si l'idée de la souveraineté est présente dans un domaine, elle n'exige pas l'édiction d'une compétence juridictionnelle exclusive. La notion de souveraineté peut, en effet, être conçue de façon différente dans le cadre de la compétence internationale des juridictions, c'est-à-dire comme le synonyme de la volonté des États de coopérer et de s'engager dans des compétences partagées ou déléguées.

221. Nous avons aussi constaté que les considérations privatistes de commodité procédurale soulevées dans le but de justifier les fors exclusifs ne semblent pas très convaincantes. Aucune corrélation mécanique ne peut être établie entre compétence exclusive et applicabilité d'une loi impérative. L'exception introduite en droit européen concernant la compétence exclusive en matière de baux d'immeubles conforte cette idée, puisque dans cette matière l'exclusivité de la compétence se justifie notamment par la nécessité de l'application de la loi impérative du lieu de situation de l'immeuble.

Cette exception conduit même à la distorsion de la notion de compétence exclusive, dans la mesure où cette dernière est incompatible avec la possibilité d'une option de compétence. L'impérativité de la loi du for peut, en revanche, être préservée à travers le mécanisme de l'ordre public international et non pas forcément à travers la création d'un chef de compétence exclusif. En outre, la bonne application de la loi impérative étrangère peut être assurée en mettant en place un mécanisme de coopération transfrontalière fondé sur le dialogue judiciaire intracommunautaire, permettant au juge saisi de consulter l'avis de son homologue sur

l'application de sa loi lorsque celle-ci s'avère être une tâche difficile. Ainsi, la reconnaissance et l'exécution de sa décision pourraient être garanties. Enfin, les autres considérations privatistes sur lesquelles sont fondées les fors exclusifs, à savoir la proximité du juge et la coïncidence entre le lieu du litige et le lieu supposé de l'exécution des décisions, semblent également faibles.

Conclusion de la Partie I

222. Dans la première partie de notre thèse, nous avons commencé par étudier la notion de compétence exclusive en droit international privé et nous avons identifié ce type de règles de compétence édictées en matière civile et commerciale en droit national ainsi qu'en droit international. Nous avons examiné d'une part les fondements des fors exclusifs, à savoir la protection de la souveraineté étatique et les considérations privatistes de commodité procédurale et d'autre part les spécificités propres à chacune des règles de compétence exclusive prévues à l'article 24 RBI *bis*.

Toutefois, les arguments invoqués afin de justifier ces règles sont remis en cause ; nous avons, ainsi, analysé la faiblesse des fondements des compétences exclusives. L'implication de la souveraineté étatique dans certains domaines visés, c'est-à-dire en matière de propriété et de sociétés, n'est pas à l'abri de tout reproche. Concernant les considérations pratiques soulevées, nous avons constaté qu'une corrélation automatique ne peut pas être établie entre compétence exclusive et applicabilité d'une loi impérative.

Hormis la contestation des fondements des règles de compétence exclusive, leur mise en œuvre est susceptible de faire émerger des problèmes pratiques. Nous allons, à présent, s'intéresser à ces derniers.

PARTIE II

LES PROBLÈMES PRATIQUES CAUSÉS PAR L'EXCLUSIVITÉ DE LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

223. On peut distinguer trois types de problèmes pratiques, susceptibles de surgir lors de la mise en œuvre des règles de compétence exclusive, à savoir la portée des compétences exclusives en présence de demandes invoquées en cours d'instance (Chapitre I), la prise en compte de la compétence exclusive étrangère (Chapitre II) et les éventuels conflits de compétences exclusives (Chapitre III). La prise en considération de la compétence exclusive étrangère sera présentée dans cette partie, puisque la façon dont le droit national et le droit européen traitent les compétences exclusives étrangères peut soulever certains problèmes et n'est pas exempte de tout reproche.

Concernant la portée des compétences exclusives en présence de questions soulevées pendant l'instance, nous allons nous intéresser principalement au droit européen et à l'article 24 RBI *bis* – ainsi que nous l'avons déjà mentionné, cette disposition nécessite un examen particulier, car elle uniformise dans une grande mesure les droits des États membres en matière de compétences exclusives.

Chapitre I - La portée problématique des compétences exclusives

224. Dans ce chapitre, nous allons examiner deux questions, à savoir l'extension des compétences exclusives aux demandes non couvertes par l'article 24 RBI *bis*, qui sont soulevées au cours du procès devant le juge exclusivement compétent, (Section I) ainsi que la portée des compétences exclusives en présence de demandes couvertes par l'article 24, qui sont invoquées pendant l'instance devant le juge saisi, lequel n'est pas doté d'une compétence exclusive (Section II).

Il convient de préciser que lorsque nous parlons de « demande invoquée en cours d'instance » nous faisons référence à une question soulevée par l'une des parties pendant l'instance – c'est-à-dire alors que cette dernière a déjà été introduite par une demande principale

pour laquelle le juge saisi est compétent. La question peut être soulevée sous forme de demande incidente ou de moyen de défense[445]. Dans le cadre de notre étude, nous allons employer indistinctement les termes « demande invoquée en cours d'instance », « demande incidente » et « demande accessoire ».

225. La première situation que nous allons étudier, concerne le point de savoir si le juge exclusivement compétent au titre de l'article 24 peut également se prononcer sur une demande accessoire à celle couverte par la compétence exclusive[446], dès lors que la demande accessoire soulève une question qui ne relève pas du champ de la compétence exclusive. En revanche, la deuxième situation vise l'hypothèse dans laquelle le juge compétent au fond est appelé à statuer sur une demande invoquée au cours du procès, laquelle pose une question relevant de la compétence exclusive d'un juge étranger.

Nous pouvons hésiter quant à la solution qu'il faudra donner à ces situations, parce que d'un côté la nécessité de ne pas morceler le contentieux milite en faveur d'une extension de la compétence du juge saisi, ce qui lui permettrait d'avoir une vue d'ensemble sur les prétentions des parties ; mais d'un autre côté il ne faut pas donner la possibilité à n'importe quelle juridiction de statuer sur n'importe quelle question qui lui serait posée accessoirement à la demande principale.

La première situation est probablement plus rare que la seconde mais il nous semble important de la présenter afin d'avoir une vue globale du problème examiné dans ce chapitre.

[445] En procédure civile française, l'extension de compétence à titre accessoire du juge saisi concerne les demandes incidentes, ainsi que les moyens de défense. Le demandeur peut former des demandes incidentes, appelées « demandes additionnelles », afin de modifier ses prétentions antérieures, en y ajoutant ou en les augmentant. Les demandes incidentes formées par le défendeur originaire sont appelées « demandes reconventionnelles » et prétendent obtenir un avantage autre que le rejet de la prétention adverse. En revanche, la défense au fond, qui est un moyen de défense, tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire ; elle n'ajoute rien au rejet de la prétention adverse (v. *Procédure civile*, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHANAIS, L. MAYER, Dalloz Hypercours, 2019, p. 84 et s. ; p. 237 et s.).

[446] Dans le cadre du RBI *bis*, la connexité n'est pas attributive de compétence. Le fait qu'un tribunal soit compétent pour connaître de la demande principale ne le rend pas nécessairement compétent pour statuer sur les demandes liées à celle-ci (CJCE, 27 sept. 1988, aff. 189/87, *Kalfelis c/ Bankhaus Schröder*, pt 19 : *JDI* 1989, p. 457, obs. A. HUET ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 117, note H. GAUDEMET-TALLON. – CJCE, 27 oct. 1998, aff. C-51/97, *La Réunion européenne*, pt 49 : *JDI* 1999, p. 625, obs. F. LECLERC ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 322, note H. GAUDEMET-TALLON. – V. aussi CJCE, 24 juin 1981, aff. 150/80, *Elefanten Schuh c/ Jacqmain*, pt 19 : *JDI* 1981, p. 903, obs. A. HUET ; *Rev. crit. DIP* 1982, p. 152, note H. GAUDEMET-TALLON).

Section I : Les demandes incidentes invoquées devant le juge doté d'une compétence exclusive

226. La CJUE a donné des réponses équivoques à propos de la question de savoir si le juge exclusivement compétent peut se prononcer sur des demandes non visées par l'article 24 RBI *bis* et formées en cours d'instance (§1). Pourtant, certains auteurs[447] ont déduit de la jurisprudence de la CJUE que le tribunal doté d'une compétence exclusive ne peut pas statuer sur de telles demandes. Cette déduction nous semble contestable et nous pensons qu'il est souhaitable, dans une telle hypothèse, d'attribuer au juge saisi une compétence facultative à propos de cette question (§2).

§1 La jurisprudence ambiguë de la CJUE

227. La solution retenue par la CJUE dans ses arrêts *Autoteile* (I) et *Rösler* (II) laisse planer un doute sur l'extension des compétences exclusives aux demandes non visées par l'article 24 RBI *bis* et invoquées au cours du procès.

I. La question de l'étendue de la compétence exclusive du juge de l'exécution

228. Après avoir examiné le contexte général de l'affaire *Autoteile* (A), il faudra analyser et approuver la solution retenue par la Cour de justice quant à l'action en opposition à exécution, qui doit relever de la compétence exclusive du juge du lieu d'exécution (B). Cependant, la réponse de la Cour à la question de savoir si la compétence exclusive du juge de l'exécution doit être étendue aux demandes accessoires tenant au fond du litige et soulevées dans le cadre d'une action en opposition à exécution, reste incertaine (C).

[447] Nous allons voir que certains auteurs ont déduit de la jurisprudence *Rösler* (CJCE 15 janv. 1985 *Rösler* aff. C-241/83, *JDI* 1986, p. 439, note A. HUET, *Rev. crit*. 1986. 128, note G. DROZ) que le juge exclusivement compétent ne peut connaître de demandes accessoires (H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 6e éd. 2018, n° 274 ; J. -P. BERAUDO et M. -J. BERAUDO, *JCl. Europe Traité*, fasc. 3023 (2017), n° 60 ; L. USUNIER, *JCl. dir. internat*., fasc. 584-160 (2015), n° 52, fasc. 584-140 (2014), n° 49).

A. Le contexte général de l'affaire

229. ***Les circonstances particulières de l'affaire***. La Cour de justice, dans son arrêt *Autoteile*[448] semble écarter l'idée d'une extension de la compétence exclusive, prévue en matière d'exécution des décisions, aux demandes relatives au fond du litige et invoquées en cours d'instance. Toutefois, nous allons voir que cette solution s'explique surtout par les circonstances particulières de l'affaire.

Le litige, en l'espèce, portait sur une demande d'exécution forcée d'une condamnation, à laquelle le défendeur à la procédure d'exécution s'opposait en sollicitant une compensation entre l'obligation fondant sa condamnation et une créance dont il prétendait être lui-même titulaire à l'encontre de son adversaire.

230. Plus précisément, dans la présente affaire, à la suite d'une action en paiement que la société allemande As-Autoteile service GmbH avait introduite contre M. Malhé – un industriel domicilié en France – devant le juge allemand (le Landgericht de Baden-Baden), ce dernier a rendu une ordonnance imposant les dépens du litige à la société demanderesse. Afin d'éviter l'exécution forcée de cette décision, la demanderesse a soulevé, par la voie d'une action en opposition à exécution conformément à l'article 767 du Code allemand de procédure civile, la compensation de la dette résultant de sa condamnation aux dépens, avec une créance dont elle prétendait être titulaire contre M. Malhé.

Il s'agissait alors de savoir si le juge du lieu de l'exécution (le Landgericht de Baden-Baden) devait se prononcer sur la question de l'existence de la créance fondant la mesure d'exécution – question posée par la voie d'une action en opposition à exécution. Il convient, cependant, de souligner que le juge allemand (l'Oberlandesgericht Karlsruhe) s'est déjà déclaré incompétent pour statuer sur la créance dont la société As-Autoteile se prévalait contre M. Malhé. Il avait, en effet, considéré, dans le cadre de l'action en paiement qui a précédé la présente affaire, qu'en vertu de l'article 2 de la Convention de Bruxelles, l'examen de la créance mise en avant par le requérant, la société As-Autoteile, relève de la compétence des juridictions françaises, puisque le défendeur, M. Malhé, était domicilié en France.

[448] CJCE, 4 juill. 1985, *A.S. Autoteile c/ Malhé*, aff. 220/84, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 147, note E. MEZGER ; *JDI* 1986, p. 449, obs. A. HUET.

Le Landgericht de Baden-Baden en tant que juge du lieu de l'exécution s'est ainsi déclaré incompétent pour statuer sur la question de la compensation entre la dette découlant de la condamnation des dépens et la créance que la société As-Autoteile se prévalait posséder. La société Autoteile a, par conséquent, introduit un recours en révision direct devant le Bundesgerichtshof contre ce jugement d'incompétence.

Le Bundesgerichtshof a décidé d'interroger la Cour de justice sur le point de savoir si l'action en opposition à exécution prévue en droit allemand relève de l'article 16 §5 de la Convention de Bruxelles et si le juge allemand exclusivement compétent aux termes de cet article, en tant que juge du lieu de l'exécution, pouvait connaître de la demande de compensation présentée dans le cadre d'une action en opposition à exécution. La question a été, ainsi, de savoir si cette compétence exclusive permet au juge saisi d'apprécier l'existence et l'étendue de la créance fondant la mesure d'exécution sollicitée.

231. ***La réponse de la CJUE***. La Cour a, d'abord, précisé que l'action en opposition à exécution prévue en droit allemand relevait bien de la règle de compétence énoncée à l'article 16 §5. En effet, l'intérêt d'une bonne administration de la justice plaide en faveur de la compétence du tribunal de l'exécution pour toutes les actions pouvant être liées à l'exécution forcée d'une décision de justice (point 12 de l'arrêt).

Cependant, selon la Cour, il doit y avoir de limites quant aux motifs que le plaideur peut invoquer dans le cadre d'une telle action. Une action en opposition à exécution ne peut pas constituer un moyen de faire valoir des exceptions, qui requièrent une appréciation pour laquelle la juridiction du lieu de l'exécution n'est pas compétente aux termes généraux de la Convention de Bruxelles.

232. La Cour de justice a alors affirmé que l'article 16 §5 *« ne permet pas (…) de demander devant les tribunaux de l'État contractant du lieu d'exécution, par la voie d'une action en opposition à exécution, la compensation entre le droit en vertu duquel l'exécution est poursuivie et une créance sur laquelle les tribunaux de cet État contractant ne seraient pas compétents pour statuer si elle faisait l'objet d'une action autonome »* (point 19 de l'arrêt). En d'autres termes, une partie ne peut pas se prévaloir de l'article 16 §5 pour saisir les tribunaux du lieu de

l'exécution, d'un litige qui relève des juridictions d'un autre État membre en vertu de l'article 2 de la Convention de Bruxelles[449].

Il faut, pourtant, remarquer que la Cour s'est référée à une particularité de l'affaire tenant au fait que le juge allemand s'est déjà déclaré incompétent pour statuer sur la créance invoquée par le requérant et elle a jugé que *« le fait d'invoquer cette créance, afin de s'opposer à l'exécution d'une décision relative aux dépens judiciaires encourus dans la même procédure, constitue, de la part de la partie requérante un détournement manifeste de procédure, en vue d'obtenir indirectement, des juridictions allemandes, une décision portant sur une créance pour l'examen de laquelle ces juridictions n'ont pas compétence en vertu de la convention »* (point 18 de l'arrêt).

B. L'action en opposition à exécution comprise dans le champ d'application de la compétence exclusive

233. ***La détermination du champ d'application de la compétence exclusive en matière d'exécution des décisions***. Concernant la première question posée à la Cour relativement à l'action en opposition à exécution du droit allemand, sa solution doit être approuvée. Une telle action constitue une contestation relative à l'exécution des jugements et doit relever de la compétence exclusive des tribunaux de l'État du lieu d'exécution[450]. Elle s'inscrit de façon incontestable dans la phase d'exécution forcée du jugement, puisque son objet est de contester le droit à exécution du créancier poursuivant.

L'action en opposition à exécution du droit allemand permet, concrètement, au débiteur de faire valoir des objections dont les motifs ont pris naissance après les derniers débats oraux, et notamment des circonstances nouvelles qui ont entraîné l'extinction totale ou partielle de sa

[449] L'avocat général, ainsi que la Cour de justice, ont également précisé qu'il serait contraire à l'intérêt du défendeur au principal et demandeur à la procédure d'exécution (M. Malhé) s'il devait, dans le cadre de l'article 16 §5, s'impliquer dans une action en opposition à exécution, fondée sur la compensation avec une créance pour laquelle le juge du lieu de l'exécution s'est déjà déclaré incompétent. Selon l'esprit de la Convention de Bruxelles, le défendeur doit être protégé contre le risque d'être « surpris » par des recours portés devant des juridictions non compétentes. Par ailleurs, la règle *actor sequitur forum rei* établie à l'article 2 de la Convention vise à protéger les droits du défendeur et l'article 16 doit être perçu comme une disposition qui apporte à cette règle générale une série de dérogations, sous forme de compétences exclusives. V. Concl. Avocat général M. Carlo Otto Lenz présentées le 6 juin 1985 ; point 15 et 16 de l'arrêt *Autoteile*.

[450] Selon le rapport Jenard sur la Convention de Bruxelles, l'article 16 §5 prévoit que les tribunaux de l'État du lieu de l'exécution d'un jugement sont seuls compétents pour connaître des contestations relatives à l'exécution de ce jugement (Rapport Jenard, Journal officiel des Communautés européennes, 5 mars 1979, C 59, p. 36).

dette, telles qu'un paiement, une novation, une remise de dette, une compensation rendant ainsi injustifiée l'exécution forcée du jugement qui l'a condamné[451]. Cette action tend à empêcher le créancier de faire procéder à l'exécution forcée du jugement et elle est, ainsi, une contestation relative à l'exécution des jugements, relevant de l'article 16 §5.

234. ***La nouvelle action en opposition à exécution introduite par le RBI bis***. Dans ces conditions, il semble raisonnable que la nouvelle action en opposition à exécution créée par le RBI *bis*, qui supprime l'*exequatur,* relève de la compétence exclusive de l'État membre d'exécution. Comme le précise M. Lopez de Tejada[452], l'opposition à exécution, dans l'espace judiciaire européen, constitue la voie idéale pour permettre au débiteur de s'élever contre la mise à exécution d'un jugement automatiquement exécutoire dans l'État d'exécution.

L'article 46 RBI *bis* accorde, en effet, à la partie condamnée la possibilité de s'opposer à l'exécution de la décision rendue dans un autre État membre en invoquant l'un des motifs de non-reconnaissance énumérés à l'article 45 ou un des motifs de suspension ou de refus d'exécution prévus par le droit national de l'État membres requis, à condition qu'ils ne soient pas incompatibles avec les motifs visés à l'article 45 (article 41 §2). Étant donné que les juridictions de l'État membre d'exécution sont exclusivement compétentes en matière d'exécution forcée, toute action judiciaire ayant pour objet de contester le droit à exécution du créancier – telle que l'action en opposition à exécution – relève de leur compétence.

235. ***L'action en opposition à exécution prévue dans les autres règlements communautaires***. Il faut également souligner que les autres règlements communautaires, qui ont procédé à la suppression de l'*exequatur* – c'est-à-dire les règlements « Titre exécutoire », « Injonction de payer », « Petits litiges » et le règlement « Aliments » à propos de jugements rendus dans un État membre lié par le protocole de la Haye de 2007 n'empêchent pas l'État d'exécution d'autoriser le débiteur à contester le droit à exécution du créancier par la voie d'une

[451] Selon l'article 767 du Code allemand de procédure civile *« il appartient au débiteur de faire valoir, par voie de demande devant le tribunal saisi du procès en première instance, les objections qui concernent la créance reconnue par le jugement. Ces objections ne sont recevables que si les motifs sur lesquels elles se fondent ne se sont produits qu'après la clôture des débats oraux dans lesquels, au plus tard, les objections auraient dû obligatoirement être soulevées conformément aux dispositions du présent code, et pour autant qu'elles ne puissent plus être soulevées par voie d'opposition »*. V. *JDI* 1986, p. 449, note A. HUET.

[452] M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, n° 451 et s.

action en opposition à exécution[453]. Une telle action est également prévue par le RBII *ter* concernant les décisions rendues en matière de responsabilité parentale[454].

Dans le cadre de ces règlements, le droit à exécution du créancier se concrétise conformément aux règles et procédures en vigueur dans l'État membre d'exécution. Ils énoncent expressément que *« les procédures d'exécution sont régies par le droit de l'État membre d'exécution »*[455]. L'État membre d'exécution est, par conséquent, libre[456] de permettre au débiteur de remettre en cause le droit à exécution du créancier sur son territoire, par le biais d'une action en opposition à exécution, laquelle doit relever de la compétence des tribunaux de l'État membre requis, qui disposent d'une compétence exclusive en matière d'exécution forcée[457].

Par ailleurs, le principe d'assimilation des jugements européens aux jugements internes milite en faveur d'une telle solution. Étant donné que les droits nationaux[458] offrent au débiteur

---

[453] Il s'agit, précisément, du règlement n° 805/2004 relatif au titre exécutoire européen (article 21), du règlement n° 1896/2006 relatif à l'injonction de payer européenne (article 22), du règlement n° 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges (article 22), du règlement n° 4/2009 relatif aux obligations alimentaires (article 21).

[454] Règlement Bruxelles II *ter* n° 2019/1111 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (article 41).

[455] Article 20 du règlement « Titre exécutoire », article 21 des règlements « Injonction de payer » et « Petits litiges », article 41 du règlement « Aliments » et article 59 du RBII *ter*. Les 3 premiers règlements prévoient la possibilité pour le débiteur de demander le refus d'exécution de la décision en cas d'incompatibilité avec une décision rendue antérieurement (article 21 du règlement « Titre exécutoire » et article 22 des règlements « Injonction de payer » et « Petits litiges », le règlement « Injonction de payer » envisage aussi à son article 22 en tant que motif de refus d'exécution l'hypothèse où le débiteur a payé au demandeur le montant fixé dans l'injonction de payer européenne). Le règlement « Aliments » prévoit des motifs de refus d'exécution à son article 21et renvoie aussi aux motifs prévus par la loi de l'État membre d'exécution – cela concerne les jugements rendus dans un État membre lié par le protocole de la Haye de 2007, lesquels sont dispensés d'*exequatur*. Le RBII *ter* prévoit également des motifs de refus d'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale (article 41 qui renvoie à l'article 39) sans exclure ceux qui sont prévus par le droit national de l'État membre d'exécution (article 57).

[456] Il s'agit ici d'une illustration du principe de l'autonomie procédurale des États membres, consacré par la jurisprudence de la Cour de justice (CJCE, 16 décembre 1976, *Comet c/ Produktschap voor Siergewasse*, aff. 45/76 : *« il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire »).*

[457] Nous pouvons considérer que la compétence exclusive posée à l'article 24 §5 RBI *bis* reste applicable dans le cadre des règlements « Titre exécutoire », « Injonction de payer », « Petits litiges » qui concernent la matière civile et commerciale ainsi que dans le cadre du RBII *ter* et du règlement « Aliments » qui intéressent la matière familiale, laquelle fait partie de la matière civile. En ce sens, M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen, op. cit*., n° 454, note 110.

[458] L'examen du droit interne montre que le débiteur est admis à s'opposer à l'exécution du titre exécutoire rendu à son encontre. L'action en opposition à exécution est consacrée expressément en droit italien (article 615 Code de procédure civile italien, *Opposizione all'esecuzione*), espagnol (article 564 de la Loi de procédure civile 7/2000, *Oposición de fondo a la Ejecución*) et allemand (article 767 du Code de procédure civile allemand mentionné plus haut). Il existe aussi en droit français, même s'il n'est formellement consacré par aucun texte. Le juge de

la possibilité de s'opposer à l'exécution, le débiteur doit pouvoir bénéficier de la même faculté à l'égard des jugements en provenance d'un autre État membre.

C. L'extension de la compétence exclusive aux demandes accessoires

236. Même s'il n'y a pas de doute que l'action en opposition à exécution doit relever de la compétence exclusive du juge du lieu d'exécution, il n'en est pas ainsi pour la question de savoir si sa compétence exclusive doit être étendue à toutes les contestations soulevées dans le cadre d'une telle action et surtout à celles tenant au fond du litige. Avant de s'intéresser à la solution retenue dans l'arrêt *Autoteile* (3), il serait intéressant de voir comment les droits nationaux (1) et le droit international privé commun traitent cette question (2).

1. Le traitement de la question dans les droits nationaux

237. ***La possibilité offerte au débiteur de soulever à titre incident des questions tenant au fond du litige dans le cadre d'une action en opposition à exécution***. Les droits nationaux[459] attribuent au débiteur la faculté de se prévaloir, lors d'une action en opposition à exécution, de motifs tenant au fond du litige, à condition que les faits allégués n'aient pas été débattus devant le juge du fond. L'objectif est de tenir compte de circonstances nouvelles, survenues notamment après l'émission du titre exécutoire, qui ont pu modifier le rapport au fond, comme un paiement, une novation, une compensation etc.

Le cas du droit français. En droit interne français, le juge de l'exécution peut connaître de toute contestation soulevée par le débiteur pour s'opposer à l'exécution forcée, même si elle porte sur le fond du droit[460]. Selon l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire, *« le*

---

l'exécution est, en effet, reconnu compétent pour trancher toutes les contestations soulevées par le débiteur, une fois les mesures d'exécution forcée déclenchées (article L. 213-6 du Code de l'organisation juridictionnelle français). Voir sur ce point M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen, op. cit.*, n° 408 et s. L'auteure démontre également que le débiteur bénéficie de la même faculté en droit international privé commun à l'égard des jugements étrangers émanant d'un État tiers ayant reçu *exequatur* (M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen, op. cit.*, n° 440 et s.). Les juridictions de l'État d'exécution, qui sont exclusivement compétentes en matière d'exécution forcée, doivent connaître de l'action en opposition à exécution qui tente à contester le droit à exécution du créancier poursuivant.

[459] C'est le cas en droit italien, espagnol et allemand (v. *supra*, note n° 446). Nous avons déjà cité l'article 767 du Code de procédure civile allemand dont il est question dans l'arrêt *Autoteile*. Selon cet article, le débiteur peut faire valoir des objections qui concernent la créance reconnue par le jugement à condition que les motifs sur lesquels elles se fondent soient produits après la clôture des débats oraux.

[460] L'action en opposition à exécution peut être fondée sur des moyens divers, à savoir des moyens tenant à l'irrégularité de la procédure certes, mais aussi des moyens touchant au fond : existence de la dette (Civ. 1er juin

juge de l'exécution connaît […] des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ».

Le juge de l'exécution est, ainsi, reconnu compétent pour trancher toutes les contestations soulevées à titre incident par le débiteur, dans le cadre d'une action en opposition à exécution, même si ces contestations auraient échappé de sa compétence si elles étaient formées à titre principal. L'objectif de cette prorogation de compétence est de centraliser le contentieux né de la mesure d'exécution[461].

238. ***Des contestations invoquées à titre incident sur des faits ignorés par le juge du fond***. Pourtant, l'autorité de la chose jugée attachée au jugement lui interdit de revenir sur ce qui a été décidé par le juge du fond[462]. Ainsi, le juge de l'exécution peut se prononcer sur des contestations élevées ayant trait à des faits survenus après le jugement lui-même, puisque le juge du fond n'a pas pu en connaître. La même solution devrait être retenue à propos des contestations qui reposent sur des faits antérieurs qui n'ont pas été débattus au cours de l'instance originaire.

Ainsi que le disent certains auteurs[463], l'important est que la question n'a pas été portée à la connaissance du juge du fond et non pas tant que les faits invoqués soient postérieurs au jugement. Le juge de l'exécution a le devoir de prendre en considération tous les faits étrangers au jugement sur le fond, c'est-à-dire tous les faits qui n'ont pas été pris en compte par le

---

1994, Bull. I n° 193 p. 142), étendue de la dette (Civ. 2e, 23 février 1994, arrêt n° 874, P. n° 92-19.982), existence du titre exécutoire (Civ. 2e, 6 juin 1996, arrêt n° 616, P. n° 94-20.293), compensation (Civ. 2e, 18 novembre 1992, Bull. II n° 269 p. 134), transaction et paiement (Civ. 2e, 8 février 1989, arrêt n° 326, P. n° 87-17.854 ; Civ. 2e, 21 octobre 1992. Bull. Il n° 243 p. 121 ; Com., 6 février 1996, arrêt n° 249, P. n° 94-12.538), subrogation dans les droits du créancier (Civ. 2e, 18 novembre 1992, Bull. II, n° 2 p. 134).

461 V. Ph. THÉRY, « Voies d'exécution », *Rép. Int. Dalloz*, 2013, n° 80 et s.

462 Selon l'article R. 121-1 du Code des procédures civiles d'exécution, *« Le juge de l'exécution ne peut ni modifier le dispositif de la décision de justice qui sert de fondement aux poursuites, ni en suspendre l'exécution ».*

463 M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit*., n° 430. R. Perrot dans ses notes à propos de deux arrêts de la Cour de cassation en date du 31 janvier 2002 et du 21 février 2012, souligne que le juge de l'exécution a le devoir de se prononcer sur des faits, qui n'ont pas été pris en compte dans le jugement sur le fond, même s'il s'agit de faits antérieurs au jugement. Dans le premier de deux arrêts (Cass. 2e civ., 31 janv. 2002, *SA Recticel*, n° 2002-013101, *Procédures*, 2002, n° 90, p. 18, note R. PERROT), la Cour de cassation a censuré la décision du juge de l'exécution, qui a fait droit à l'exception de compensation opposée par le débiteur, puisqu'une telle exception avait déjà été débattue devant le juge du fond. Dans le second arrêt (Cass. Com., 21 février 2012, n° 11-18.027, *Procédures*, 2012, n° 5, comm. 145 R. PERROT) la Cour de cassation a admis que le juge de l'exécution reste compétent pour se prononcer sur une exception de compensation *« en l'absence d'une décision ayant déjà statué sur la compensation judiciaire ».*

jugement. Le plus souvent, ce fait étranger sera postérieur au jugement lui-même, mais il se peut qu'il lui soit antérieur.

Nous pouvons nous interroger sur l'impact de la jurisprudence *Cesareo*, qui impose l'exigence de la concentration des moyens, au domaine de l'opposition à exécution[464]. Selon cet arrêt, les parties doivent présenter dès l'instance initiale tous les moyens possibles à l'appui de leurs prétentions. Si nous le transposons alors au domaine de l'opposition à exécution, le débiteur ne devrait pas s'appuyer sur des faits survenus antérieurement au jugement au fond, qui n'ont pas été allégués dans l'instance principale.

Toutefois, il faut remarquer que l'objet de l'action en opposition à exécution est différent, puisqu'il s'agit de contester le droit à exécution du créancier – ainsi la triple identité de l'autorité de chose jugée ne semble pas remplie. Par ailleurs, la transposition de la jurisprudence *Cesareo* au domaine de l'opposition à exécution est regrettable, étant donné que le comportement du débiteur n'est pas nécessairement frauduleux. L'objectif de cette jurisprudence est de sanctionner les comportements dilatoires mais la règle aboutit à attribuer autorité de chose jugée à ce qui n'a pas été jugé car non débattu, et revient à poser une présomption irréfragable d'abus. Il serait préférable de permettre au débiteur de soulever toutes les questions qui n'ont pas été débattues devant le juge du fond et donner la possibilité au juge de l'exécution d'apprécier la négligence du débiteur[465].

2. *Le traitement de la question dans le droit international privé commun*

239. ***Le droit international privé espagnol et italien***. Quant au droit international privé commun, il convient de remarquer que le débiteur est admis à s'opposer à l'exécution forcée d'un jugement étranger émanant d'un État tiers ayant reçu *exequatur*. Cette action, relevant de la compétence exclusive du juge de l'exécution, permet au débiteur de soulever devant le juge saisi toute contestation de forme ou de fond, même si la question au fond ne relève pas de la compétence internationale des tribunaux du for d'accueil. C'est le cas, en effet, en droit

[464] Cass., ass. plén., 7 juill. 2006, *Cesareo*, n° 04-10.672, D. 2006. 2135, note L. WEILLER ; RDI 2006. 500, obs. P. MALINVAUD ; RTD civ. 2006. 825, obs. R. PERROT.
[465] V. sur ce point, M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, n° 431 et s. ; Ph. THÉRY, « Obligation de restitution de l'emprunteur et principe de concentration des demandes : périssent les plaideurs plutôt que nos principes… », *RTD* Civ., 2010, p. 147.

international privé espagnol et italien. Selon la doctrine espagnole[466] le débiteur peut agir en opposition à l'exécution en invoquant des motifs de fond, sans même s'interroger sur le bien-fondé de la compétence du for d'exécution. Quant au droit italien[467], le juge italien exclusivement compétent en tant que juge du lieu d'exécution peut connaître des contestations au fond pour lesquelles il ne serait pas normalement compétent.

240. ***Le droit international privé français, la jurisprudence Nassibian***. En droit international privé français, il semble plus difficile d'admettre une telle prorogation de compétence. La jurisprudence *Nassibian*[468] avait expressément admis le recours au *forum arresti*, c'est-à-dire l'extension de la compétence exclusive du juge du lieu de l'exécution à la question de l'appréciation de la créance fondant la mesure conservatoire sollicitée. Selon cet arrêt, les juridictions françaises, exclusivement compétentes pour autoriser une mesure conservatoire sur un bien situé en France, peuvent éventuellement se prononcer sur des contestations relatives à l'existence même de la créance, alors qu'en vertu des règles ordinaires de compétence juridictionnelle, cette créance échapperait à leur connaissance.

L'arrêt Strojexport : l'abandon du forum arresti. Cependant, la Cour de cassation est revenue sur sa position et elle a approuvé, dans son arrêt *Strojexport*[469], la cour d'appel de Paris, qui s'est déclarée incompétente pour statuer sur l'instance au fond engagée à la suite d'une saisie conservatoire pratiquée en France à l'encontre de la Banque centrale de Syrie, afin d'obtenir le paiement d'une garantie souscrite par cette banque à l'occasion de l'exécution de travaux de génie civil en Syrie par la société Strojexport.

---

[466] M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTREROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva ley de enjuciamiento civil*, Iurgium Editores, S.L., 2001, §1, p. 29 ; M. VIRGOS SORIANO y F. J. GARCIMARTIN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional-litigación internacional*, Editorial Civitas, 2e éd. 2007, n° 809. V. aussi M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit*., n° 445.

[467] C. CONSOLO, « Limiti alla esecuzione di deciosini straniere (opposizione all'esecuzione, prescrizione e altre vicende estintive del diritto », in *Riv. trim. dir. e proc. civil*, 2000, p. 397 s.

[468] Cass. 1re civ., 6 nov. 1979, n° 77-15.856, *Nassibian*, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 588, note G. COUCHEZ ; *JDI* 1980, p. 95, rapp. A. PONSARD ; Civ. 1re 6 décembre 1989, *Rev. crit.* 1990, p. 545, note G. COUCHEZ, les tribunaux français compétents pour autoriser une saisie-arrêt sur un compte bancaire ouvert en France et une inscription provisoire d'hypothèque judiciaire sur un immeuble situé en France sont compétents pour, dans cette phase conservatoire, apprécier provisoirement le principe de la créance invoquée.

[469] Civ. 1re, 11 février 1997, n° 94-21500, *Strojexport*, Bull. civ. I n° 47, p. 30, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *Dalloz*, 5e éd., 2006, n° 59-60 ; V. aussi Civ. 1re, 17 janvier 1995, *Méridien Breckwoldt*, *Rev. crit.* 1996, p. 133, note Y. LEQUETTE ; *JCP*, 1995, II 22430, note de H. MUIR WATT.

La Cour de cassation a jugé que *« si les juridictions françaises sont seules compétentes pour statuer sur la validité d'une saisie pratiquée en France et apprécier à cette occasion le principe de la créance, elles ne peuvent se prononcer sur le fond de cette créance que si leur compétence est fondée sur une autre règle »*. Autrement dit, la seule présence en France d'un bien ayant fait l'objet d'une mesure conservatoire n'est pas de nature à fonder la compétence internationale des juridictions françaises pour se prononcer sur le fond du litige.

Il faut, néanmoins, souligner que l'abandon du *forum arresti* dans l'affaire *Strojexport* s'explique surtout par le fait que le contentieux, en l'espèce, impliquait indirectement un État étranger et ses intérêts nationaux – l'affaire opposait la société tchécoslovaque Strojexport à des organismes étroitement liés à la Syrie, à savoir l'établissement public d'électricité de la République de Syrie et la Banque centrale de Syrie.

Il y avait la crainte que le *forum arresti* ne conduise les juridictions françaises à connaître d'un contentieux sensible dans lequel pourraient être impliqués directement ou indirectement des États étrangers[470]. Ce danger a été notamment souligné par les auteurs en matière maritime, selon lesquels la saisie d'un navire à l'occasion d'une simple escale en France permettait désormais aux tribunaux français, ayant autorisé la mesure, de traiter au fond le contentieux, même si le litige ne présenterait aucun lien avec la France[471].

241. ***L'arrêt Strojexport : une solution discutable***. La solution retenue dans l'arrêt *Strojexport* est, pourtant, contestable, dans la mesure où le *forum arresti* de l'arrêt *Nassibian* n'était pas véritablement de nature exorbitante. La compétence incidente des tribunaux français pour connaître du fond du litige avait, au contraire, un caractère facultatif permettant au juge saisi de la décliner si des raisons d'opportunité s'opposaient à son exercice[472]. La compétence

[470] Le recours au *forum arresti* pourrait conduire à un recul de l'immunité d'exécution des États étrangers, lequel générait le danger *« de voir l'État du for devenir la providence des créanciers du monde entier dont l'État national se garde d'offrir les mêmes facilités, et ainsi d'assumer sans aucun profit les inconvénients diplomatiques liés au fait de laisser se dérouler des voies d'exécution contre l'État étranger ou ses émanations »* (B. AUDIT, *Rev. crit*., 1986, 536) ; ou encore cet autre danger *« de voir se raréfier les dépôts de capitaux publics étrangers »* (H. SYNVET, « Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'État étranger », *Clunet* 1985, p. 865 et s).

[471] M. REMOND-GOUILLOUD, *Droit maritime*, A. Pedone, 1993, 2e éd., n° 301, p. 167, v. aussi du même auteur, note sous Poitiers, 13 fév. 1980, *Rev. crit*., 1983, p. 364 et s.

[472] En ce sens, note de H. MUIR WATT sous Civ. 1re, 17 janvier 1995, n° 92-1016**,** *Méridien Breckwoldt*, *op. cit*.. En outre, la décision incidente est limitée à la valeur du bien saisi et est dépourvue de toute portée extraterritoriale. Est également réservé le cas où la créance relève au fond d'une compétence étrangère exclusive (Civ. 1re 18 nov. 1986, *Banque camerounaise de développement*, n° 85-11404, *JDI* 1987, p. 635, note Ph. KAHN). Selon G. Droz, le for du patrimoine introduit en France par l'arrêt *Nassibian* paraît beaucoup moins discriminatoire que le for nationaliste de l'article 14 du Code civil français et la liberté d'appréciation laissée au juge permet d'éviter les

facultative offerte au juge français lui permettait de prendre en considération les différents éléments de l'affaire et surtout ses liens avec le for[473] ainsi que les divers intérêts en présence, aussi bien privés que publics, afin de déterminer s'il acceptait de connaître de la contestation au fond.

En cas de contradiction entre les intérêts privés et publics en présence, le juge pourrait distinguer selon la nature des intérêts privés en cause. Si ces derniers consistent à des simples considérations d'économie procédurale tenant au confort du demandeur, le juge devrait refuser de se prononcer sur un contentieux sensible. En revanche, s'il y a le risque pour le demandeur de s'exposer à un déni de justice le juge devrait connaître du contentieux, même s'il implique indirectement un État étranger[474].

242. ***L'extension de la jurisprudence Strojexport en matière d'exécution forcée ?*** Nous pouvons nous interroger sur l'extension de la jurisprudence *Strojexport* aux mesures d'exécution forcée. Une telle extension conduirait à considérer que le juge de l'exécution français saisi d'une opposition à exécution d'un jugement étranger doit refuser de statuer sur tout litige au fond pour lequel il n'est pas normalement compétent. Par conséquent, le débiteur poursuivi, souhaitant s'opposer à l'exécution, devait saisir la juridiction étrangère compétente et solliciter ensuite l'*exequatur* de la décision obtenue devant le for d'exécution.

Toutefois, cette solution ne semble pas opportune en termes d'économie et d'équité procédurales[475], puisqu'elle représente un coût financier pour le débiteur, lequel subit

abus les plus flagrants (G. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *Trav. comité fr. DIP* 1993-1994, p. 97 et s., spéc. p. 107).

[473] P. Lagarde a soutenu dans le Cours général qu'il a professé à l'Académie de La Haye que le caractère facultatif de la compétence fondée sur le *forum arresti* devait se comprendre par rapport au principe de proximité : *« Si le tribunal français constate qu'il n'existe entre la France et le litige aucun autre lien que la présence en France des biens à saisir, il pourra refuser d'exercer sa compétence sur le fond et renvoyer les parties à mieux se pourvoir. Ici, c'est en somme le caractère très léger du rattachement retenu par la Cour de cassation française qui explique le pouvoir donné au tribunal de le renforcer par appel au principe de proximité »* (P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI, 1986, t. I, n° 132, p. 137).

[474]Dans l'arrêt *Strojexport*, le demandeur était exposé à un déni de justice, puisqu'il était obligé de saisir le juge syrien dans une affaire qui l'opposait à des organismes étroitement liés à la Syrie (L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n° 336 et s. ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts…op. cit.,* n° 59-60, point 14).

[475] Le même reproche est également avancé à propos des arrêts *Strojexport* et *Méridien Breckwoldt* qui concernent la matière des mesures conservatoires. La solution retenue dans ces arrêts oblige le créancier - après avoir obtenu de la part des juges français l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire en France - de saisir un juge étranger compétent au fond du litige afin d'obtenir un titre exécutoire ; la décision du juge étranger devra ensuite être revêtue de l'*exequatur* (v. note H. MUIR WATT, *op. cit*.). Mais, la loi française - article R. 511-7 du Code des procédures civiles d'exécution - impose au créancier d'introduire, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure conservatoire, une procédure en vue d'obtenir un titre exécutoire. Ce délai est très bref pour exiger la saisine d'une

également une perte de temps, qui peut être préjudiciable. En effet, en matière de saisie-attribution, la loi française prévoit que toute contestation relative à la saisie doit être, à peine d'irrecevabilité, élevée dans un délai d'un mois à compter de la dénonciation de la saisie au débiteur[476] ; toute faculté d'opposition devient alors illusoire[477].

Il n'est pas certain qu'une telle portée puisse être attribuée à l'arrêt *Strojexport*, puisque ce dernier est intervenu en matière des mesures conservatoires et le débat sur la créance est introduit par le créancier lui-même afin d'obtenir un titre exécutoire. Le *forum arresti* est exclu lorsqu'il s'agit pour les tribunaux français de statuer à titre principal sur l'existence des droits du créancier saisissant, qui agit en qualité de demandeur. Cette solution s'explique surtout par le souci d'éviter que le *« lieu d'exécution, qui présente un caractère accidentel dans les relations entre créancier et débiteur, ne constitue un critère de compétence pour permettre au juge, saisi à titre principal, de rendre une décision sur ces relations »*[478].

243. Or, dans le cadre d'une action en opposition à exécution, la situation qui se présente est différente. La question au fond est soulevée par le débiteur afin de paralyser les poursuites et la compétence du juge de l'exécution pour statuer sur ce point ne semble pas exorbitante. Il faudra, toutefois – comme en droit interne – que les moyens soulevés par le débiteur portent sur le droit à exécution du créancier et qu'ils n'aient pas déjà été discutés devant le juge étranger ou le juge de l'*exequatur*. La condamnation du *forum arresti* doit raisonnablement être limitée aux seules mesures conservatoires, à propos desquelles l'arrêt *Strojexport* a été rendu[479].

juridiction étrangère afin de connaître de l'instance au fond, v. G. COUCHEZ, *Les incidences de la réforme des voies d'exécution sur le droit international privé*, Trav. comité fr. DIP 1996-1997, p. 133.

[476] Il s'agit de l'article R. 211-11 du Code des procédures civiles d'exécution, *« À peine d'irrecevabilité, les contestations relatives à la saisie sont formées dans le délai d'un mois à compter de la dénonciation de la saisie au débiteur »*.

[477] Comme le précise M. López de Tejada, si le juge étranger refuse de statuer sur la question au fond, l'éparpillement du contentieux prive finalement le débiteur de son droit d'accès à la justice garanti par l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et conduit à un véritable déni de justice (M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, n° 446 ; en ce sens mais en matière des mesures conservatoires, note H. MUIR WATT, *op. cit.*. Selon l'auteure, impartir un délai au créancier démuni de titre exécutoire pour saisir le juge étranger compétent au fond ne garantit pas que ce dernier accepte effectivement de se saisir de la contestation au fond et se prononce dans un délai raisonnable, ce qui est discutable au regard du droit d'accès à la justice protégé par l'article 6 §1 CEDH).

[478] R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *Dalloz*, 2013, n° 42 p. 38.

[479] *Ibid.* ; Ph. THÉRY, « Voies d'exécution », *Rép. Int. Dalloz*, 2013, n° 90.

La transposition de l'extension légale de compétence à l'ordre international. Ainsi que l'avaient proposé certains auteurs[480], il faudra transposer la prorogation légale de compétence qui résulte de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire aux rapports privés internationaux. À l'occasion d'une action en opposition à exécution, le débiteur pourra, alors, soulever devant le juge d'exécution les contestations au fond pour lesquelles ce dernier n'est pas normalement compétent. Cette action relève de la compétence exclusive du for de l'exécution et permet de tenir compte d'éventuelles modifications du rapport au fond, qui sont susceptibles de paralyser les poursuites. Par ailleurs, l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire constitue une forme particulière de la règle *« le juge de l'action est le juge de l'exception »* adaptée aux procédures civiles d'exécution et son extension à l'ordre international est généralement admise[481].

3. *La solution ambiguë retenue dans l'arrêt Autoteile*

244. ***La portée limitée de l'arrêt Autoteile en raison de circonstances particulières de l'affaire.*** Revenons, maintenant, à l'arrêt *Autoteile* de la CJUE, après cet exposé consacré aux solutions adoptées dans les droits nationaux et le droit international privé commun concernant la question de savoir si la compétence exclusive du juge du lieu d'exécution peut être étendue aux moyens tenant au fond du litige et soulevés par le débiteur lors d'une action en opposition

[480] D. FOUSSARD, « Entre *exequatur* et exécution forcée (De quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers) », *Trav. Com. fr. DIP*, 1996-1997, p. 180. Selon l'auteur, il ne serait pas illégitime d'admettre la compétence du for d'accueil - lors d'une action en opposition à exécution - afin de trancher des questions tenant au fond du litige, dans la mesure où le centre de gravité du rapport de droit s'est déplacé : il entretient désormais des liens étroits avec le for d'accueil conçu comme for d'exécution ; Ph. THÉRY, *Voies d'exécution,* Rép. Int. Dalloz, 2013, n° 89 et s..

[481] Ph. THÉRY, *Voies d'exécution, op. cit*., n° 89 ; A. HUET, *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux*, J.-Cl. Int., fasc. 581-40, 2018, n° 38 et s.. Comme le dit A. Huet, il est admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que la règle *« le juge de l'action est juge de l'exception »* - prévue à l'article 49 du Code de procédure civile français - doit être transposée à la compétence internationale et que les tribunaux français, compétemment saisis d'une demande principale, sont en droit de statuer sur des questions préalables qui n'auraient pas pu leur être déférées par voie principale (H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence internationale : matière civile et commerciale* : Rép. dr. int. Dalloz, 2019, n° 190 et s. ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé* : Economica, 8e éd. 2018, n° 462 *;* H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, LGDJ, 7e éd. 1983, t. II, n° 676 *;* G. COUCHEZ, *Les nouveaux textes de la procédure civile et la compétence internationale*, Trav. comité fr. DIP 1977-1979, p. 113 s., spéc. p. 131 et s ; H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Dalloz, 1965, n° 60 ; E. BARTIN, *Études sur les effets internationaux des jugements*, Pichon, 1907, p. 23 s. ; Civ. 1re, 27 oct. 1993, n° 92-10.225, *Rev. crit. DIP* 1995. 554, note DE VAREILLES-SOMMIÈRES). Il y a, pourtant, une divergence au sein de la doctrine concernant la question de savoir si le juge français peut surseoir à statuer et renvoyer l'examen de la question préalable au juge étranger (contre cette faculté au motif qu'elle porte atteinte à l'économie procédurale en raison de l'éparpillement du litige devant plusieurs tribunaux, A. HUET, *op. cit*, n° 46, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.* ; en faveur de cette faculté B. AUDIT et D'AVOUT, *op. cit.*, n° 462, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence internationale…, op. cit.*, n° 191).

à exécution. Cette même question a été également posée dans l'arrêt *Autoteile* et la Cour de justice semble répondre par la négative.

Plus précisément, la Cour a jugé qu'à l'occasion d'une procédure d'exécution, le débiteur ne peut pas soulever une question relative au fond du litige[482] sur laquelle le juge du lieu d'exécution – le juge allemand en l'occurrence – ne serait pas compétent si la question faisait l'objet d'une action autonome. En l'espèce, le débiteur avait soulevé la compensation de sa dette avec une créance dont il prétendait être titulaire contre le créancier saisissant.

Pourtant, la solution retenue par la CJUE et l'interprétation restrictive de la compétence exclusive du juge du lieu d'exécution s'expliquent notamment par les circonstances particulières de l'affaire. En effet, les juridictions allemandes se sont déjà déclarées incompétentes pour connaître de la créance mise en avant au titre de compensation, comme l'avait bien précisé la Cour dans son arrêt. Il paraît, ainsi, logique que la Cour ait vu dans la demande de compensation présentée devant le juge de l'exécution *« un détournement manifeste de procédure »* de la part du débiteur, qui avait tenté vainement de faire constater par les tribunaux allemands la créance dont il se prévalait. La portée de l'arrêt est alors considérablement limitée par les faits de l'espèce.

Par ailleurs, la portée pratique de la solution semble également réduite. Dans le cadre d'une action en opposition à exécution, le moyen au fond sera soulevé par le débiteur contre le créancier, qui occupera la position de défendeur. Or, ce dernier n'a aucun intérêt de soulever l'incompétence du juge du lieu de l'exécution, dans la mesure où cela risque de susciter un morcellement du contentieux et retarder sérieusement l'issue du litige[483].

245. ***La possibilité pour le juge de trancher des questions incidentes tenant au fond du litige et invoquées par le débiteur à l'occasion d'une action en opposition à exécution***. Par conséquent, au niveau européen, le juge de l'exécution saisi d'une action en opposition à exécution d'un jugement rendu dans un autre État membre doit pouvoir connaître des moyens au fond soulevés par le débiteur, y compris lorsque le litige relèverait de la compétence des tribunaux d'un autre État membre – à condition, comme en droit national, que les moyens

[482] La question tenant au fond du litige relevait, en l'espèce, du tribunal du domicile du défendeur.
[483] Selon l'article 26 RBI *bis*, le juge saisi ne peut soulever d'office son incompétence, sauf si une compétence exclusive est méconnue, ce qui est exceptionnel en matière de droits de créance.

portent sur le droit à exécution du créancier et n'aient pas été déjà débattus devant le juge d'origine.

Il semble que la même solution puisse être retenue dans le cadre des règlements européens, qui ont supprimé l'*exequatur* – les règlements « Titre exécutoire », « Injonction de payer », « Petits litiges », « Aliments », ainsi que le RBII *ter*[484] – et permettent à l'État membre d'exécution d'autoriser le débiteur à contester le droit à exécution du créancier par la voie d'une action en opposition à exécution. Selon ces règlements, la question de l'extension de la compétence exclusive du juge de l'exécution aux incidents au fond, soulevés par le débiteur lors d'une action en opposition à exécution, relève du droit national de chaque État membre.

246. Plus précisément, le règlement « Injonction de payer » prévoit à son article 22 que l'exécution de l'injonction peut être refusée dans l'État requis, si le défendeur a payé le montant fixé dans l'injonction sans se préoccuper de la compétence des juridictions de cet État pour statuer sur le litige au fond. La même solution doit être reconnue dans les autres règlements, permettant au débiteur de se prévaloir, lors de son action en opposition à exécution, de tous les moyens au fond qu'il juge utiles, à condition qu'ils n'aient pas été déjà discutés devant le juge d'origine.

En effet, concernant le règlement « Titre exécutoire », la loi allemande du 18 août 2005 prévoit expressément que le débiteur peut faire valoir, contre le titre certifié dans un autre État membre comme titre exécutoire européen, les objections au fond, qui sont permises, en droit interne, par l'action en opposition à exécution de l'article 767 du Code allemand de procédure civile[485]. Les doctrines espagnole et italienne reconnaissent aussi que le débiteur condamné dans un autre État membre en vertu d'un jugement automatiquement exécutoire peut s'opposer à son exécution en intentant l'opposition au fond, comme prévoit le droit national à l'égard des jugements nationaux[486]. Un tel recours devrait être également concevable en France, en autorisant le débiteur à présenter les contestations au fond qu'il peut soulever en droit interne dans la phase d'exécution (article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire)[487].

---

[484] V. *supra*, n° 235.
[485] L. D'AVOUT, « La circulation automatique des titres exécutoires nationaux imposées par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *Rev. crit. DIP* 2006.1, n° 32.
[486] M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, n° 465.
[487] L. D'AVOUT, « La circulation automatique des titres exécutoires nationaux imposées par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *op. cit.*, n° 32.

247. ***La nécessité de préserver la bonne administration de la justice et éviter le morcellement du contentieux***. La solution contraire porte atteinte aux besoins de l'économie de procédure et à la bonne administration de la justice, puisqu'elle entraîne la scission du contentieux alors qu'une centralisation des procédures devant un même juge est préférable. Imposer au juge saisi de surseoir à statuer en attendant que le juge d'un autre État membre statue sur le litige risque, également, d'empêcher le créancier d'obtenir l'exécution de sa décision dans un délai raisonnable. En outre, le juge de l'exécution apparaît comme le mieux placé pour connaître de moyens au fond soulevés par le débiteur, étant donné qu'ils ont pour objet de contester le droit à exécution du créancier et paralyser les poursuites[488].

248. ***Le caractère facultatif de la compétence incidente du juge de l'exécution***. Il serait, pourtant, souhaitable que la compétence incidente du juge de l'exécution ait un caractère facultatif – à l'image de la compétence fondée sur le *forum arresti* admise autrefois en droit international privé français – permettant, ainsi, au juge saisi de prendre en considération les différents éléments du litige, afin de déterminer s'il est opportun qu'il accepte de connaître de la question au fond. Le juge pourra, alors, apprécier les liens de l'affaire avec le for et, surtout, vérifier que la question posée à titre incident porte sur le droit à exécution du créancier et n'a pas déjà été débattue devant le juge d'origine. S'il décide de surseoir à statuer, il doit imposer au débiteur un délai pour saisir le juge étranger compétent au fond.

Il est vrai que dans cette hypothèse un pouvoir d'appréciation est laissé au juge, ce qui pourrait entraîner un risque d'arbitraire, mais cette solution souple est préférable à l'approche rigide qui consiste à interdire dans tous les cas au juge de l'exécution de se prononcer sur la question incidente soulevée lors d'une opposition à exécution en l'obligeant à surseoir à statuer et attendre la décision du juge étranger.

Au-delà de l'arrêt *Autoteile*, la Cour de justice a été déjà confrontée à une question voisine, relative à l'extension des compétences exclusives aux demandes invoquées en cours d'instance, dans son arrêt *Rösler*[489] rendu en matière de baux d'immeubles. Nous allons, maintenant, nous intéresser à la solution retenue dans cet arrêt.

---

[488] En ce sens, *JDI* 1986, note A. HUET, p. 452 et 453 ; M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, n° 464.

[489] CJCE 15 janv. 1985 *Rösler* aff. C-241/83, *JDI* 1986, p. 439, note A. HUET, *Rev. crit.* 1986. 128, note G. DROZ, *Gaz. Pal.* 1985 II Som.156, note J. MAURO.

II. La solution équivoque de la Cour de justice en matière de baux d'immeubles

249. ***Les circonstances de l'affaire Rösler***. Dans l'affaire *Rösler*, le litige portait sur un contrat de bail de courte durée conclu entre deux personnes domiciliées en Allemagne concernant une maison de vacances située en Italie. Le locataire n'a pas respecté une stipulation du bail indiquant que le bien ne pouvait être occupé par plus de quatre personnes. Le bailleur a, alors, saisi le juge allemand, en demandant au principal le paiement des charges locatives restantes et des dommages-intérêts pour perte du bénéfice de ses propres vacances perturbées de diverses manières en raison du comportement du preneur. Le locataire invoquait la compétence exclusive du juge italien en tant que juge du lieu de situation de l'immeuble, sur le fondement de l'article 16 §1 de la Convention de Bruxelles, pour statuer sur l'ensemble de ces demandes.

Nous avons mentionné précédemment que cet arrêt a été à l'origine de l'option de compétence introduite par les Conventions de Lugano et de Saint-Sébastien en matière de baux d'immeubles pour les contrats de location de durée limitée et nous avons aussi expliqué les raisons pour lesquelles cette option de compétence a été établie, ainsi que la distorsion de la notion de compétence exclusive qui en résulte[490].

250. ***L'objet des demandes formées***. À présent, nous allons étudier l'autre aspect de l'arrêt portant sur l'objet des demandes qui ont été formées. Selon la Cour de justice, tous les litiges relatifs aux obligations respectives du bailleur et du locataire découlant du contrat de bail et en particulier ceux qui portent sur le paiement du loyer et des autres charges locatives relèvent de la compétence exclusive du lieu de situation de l'immeuble. En revanche, les litiges qui se rapportent indirectement à l'usage de l'immeuble loué, tels ceux concernant la perte du bénéfice des vacances, ne relèvent pas de sa compétence exclusive[491].

[490] V. *supra*, n° 204 et s..

[491] La jurisprudence *Rösler* a été aussi appliquée dans le cadre de la Convention de Lugano par la Cour suprême de Norvège. Le litige portait sur un contrat de location de longue durée conclu entre un propriétaire domicilié en Norvège et un locataire à propos d'un immeuble situé en Espagne ; l'usage d'un appartement de l'immeuble était pourtant réservé au propriétaire. La Cour suprême de Norvège a considéré que les demandes formées par le propriétaire en paiement de loyers impayés et frais de nettoyage relevaient de la compétence exclusive du juge espagnol sur le fondement de l'article 16, 1°, *a*, de la Convention de Lugano de 1988. En revanche, la demande en paiement de dommages-intérêts pour perte de jouissance consécutive au changement des clefs de l'immeuble effectué par le locataire, relevait de l'application des règles ordinaires de compétence (Høyesterett, 23 nov. 2007 : site Curia, inf. n° 2008/44).

Il convient d'observer que la question posée dans l'affaire *Rösler* est différente de celle soulevée dans l'arrêt *Autoteile*, puisque le juge saisi, en l'espèce, n'est pas le juge exclusivement compétent en vertu de l'article 16 de la Convention de Bruxelles, mais une autre juridiction. Par conséquent, il ne s'agissait pas de savoir si le juge exclusivement compétent – le juge italien en l'espèce – pouvait statuer sur une demande incidente ne relevant pas de la matière immobilière. Il s'agissait plutôt de savoir si le juge saisi – le juge allemand – était incompétent pour statuer à titre principal sur l'ensemble des demandes formées devant lui, y compris celles qui ne se rattachent pas directement à la matière immobilière visée par l'article 16 §1.

251. ***L'absence de réponse à la question de l'extension de la compétence exclusive aux demandes incidentes soulevées en cours d'instance***. Certains auteurs[492] ont, néanmoins, considéré que l'arrêt *Rösler* implique que le juge exclusivement compétent ne peut pas connaître d'une question qui ne relève pas de la matière pour laquelle la compétence exclusive est édictée, et ce même si cette question n'est qu'accessoire à la demande principale, c'est-à-dire elle est soulevée au cours du procès. Il faut, cependant, souligner que l'arrêt en cause ne se prononce pas expressément sur la possibilité d'étendre la compétence exclusive aux demandes incidentes. Il n'aborde pas directement ce point, puisque l'hypothèse examinée n'est pas celle où le juge doté d'une compétence exclusive est saisi à titre incident, c'est-à-dire en cours d'instance, d'une question qui ne tombe pas dans le champ de la compétence exclusive.

En l'effet, les demandes, en l'espèce, ont été soulevées à titre principal par le bailleur devant le juge allemand en tant que juge du lieu du domicile du défendeur – elles portaient sur le paiement des charges locatives et la réparation du préjudice résultant de la perte du bénéfice des vacances subie par le requérant. Afin de déterminer le juge compétent, la Cour de justice opère, comme nous l'avons précisé, une distinction selon que la demande concerne directement ou indirectement l'usage de l'immeuble loué.

252. Dans le premier cas, la demande tombe dans le domaine de la compétence exclusive du juge du *situs*, vu qu'elle porte sur les obligations contractuelles du bailleur et du locataire – c'est le cas de la demande ayant pour objet le paiement des charges locatives. En revanche, la

[492] H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 6e éd. 2018, n° 274 ; J. -P. BERAUDO, M. -J. BERAUDO, *JCl. Europe Traité*, fasc. 3023 (2017), n° 60 ; L. USUNIER, *JCl. dir. internat*., fasc. 584-160 (2015), n° 52, fasc. 584-140 (2014), n° 49.

Cour déclare que les demandes qui ne se rapportent qu'indirectement à l'usage de l'immeuble loué – comme la demande litigieuse des dommages-intérêts pour perte du bénéfice des vacances[493] – ne relèvent pas de la matière immobilière visée par la compétence exclusive.

Mais, en énonçant cette solution, qui semble justifiée sous l'angle du principe de l'interprétation stricte du domaine d'application des compétences exclusives, la Cour sous-entend que ces demandes sont formées à titre principal devant le juge du lieu de situation de l'immeuble. Quelle serait la solution si la demande indirectement liée à l'usage du bien loué était formée à titre incident, en cours d'instance, devant le juge du *situs* ? Il serait préférable, dans cette hypothèse, de laisser le juge décider s'il est opportun de se prononcer sur la demande incidente, en prenant en considération ses liens avec la demande principale, afin d'éviter un morcellement éventuel du contentieux au lieu de lui imposer de surseoir à statuer et inviter les parties à mieux se pourvoir[494].

Après avoir examiné les arrêts *Autoteile* et *Rösler*, il faut observer qu'il ne ressort pas clairement de ces arrêts que la Cour de justice rejette de manière tranchée l'idée de toute extension de la compétence exclusive aux demandes soulevées en cours d'instance et ne relevant pas du champ d'application de la compétence exclusive. Il nous semble souhaitable d'attribuer une compétence facultative au juge exclusivement compétent à propos de ce type de demandes.

---

[493] Il est, pourtant, intéressant de remarquer que la qualification de la demande en réparation du préjudice résultant de la perte du bénéfice des vacances de « demande liée indirectement à l'usage de l'immeuble loué » ne va pas de soi. Ainsi que le souligne A. Huet, le litige concernant la perte du bénéfice des vacances a manifestement sa source dans l'inexécution par le locataire de ses obligations contractuelles – en l'espèce le contrat stipulait que l'immeuble était loué pour quatre personnes et qu'il était interdit au locataire d'héberger des visiteurs, c'est alors bien la violation des obligations découlant du contrat de bail qui a été à l'origine des dommages subis par le bailleur. Il est possible de considérer que sa demande se rapporte directement à l'usage de l'immeuble par le locataire et est relative à la responsabilité contractuelle du preneur (*JDI* 1986, p. 439, note A. HUET). L'avocat général dans ses conclusions est du même avis, dans la mesure où il énonce que les actions en dommages intérêts pour violation d'une clause du contrat de location tombent dans le champ d'application de l'article 16 §1 – il était bien le cas, en l'espèce, puisque le préjudice était causé par la violation de la clause relative à l'utilisation du bien loué. Toutefois, l'avocat général semble laisser une marge de manœuvre au juge saisi, puisqu'il précise qu'il est possible que certaines actions en réparation d'un préjudice découlant de l'utilisation du bien ne soient pas visées par l'article 16 §1, en ce qu'elles ne procèdent pas du contrat de location mais du droit national régissant, par exemple, les troubles, les fautes par négligence ou imprudence (Concl. de l'avocat général Sir Gordon SLYNN, p. 105 et s.).

[494] Il convient, cependant, de remarquer que si nous reprenons les faits de l'arrêt *Rösler* et nous supposons que le juge du *situs* soit saisi à titre incident de la demande en réparation – qui, selon la Cour de justice, ne relève pas de la matière de baux d'immeubles, car elle est liée indirectement à l'usage de l'immeuble loué – le risque de l'éparpillement du contentieux est minime. En effet, la demande en réparation sera considérée comme relative à la responsabilité délictuelle du locataire et le juge du *situs* sera, par conséquent, compétent pour connaître de cette demande en tant que juge du lieu de la survenance du délit (v. *JDI* 1986, p. 439, note A. HUET).

§2 La possibilité de reconnaître une compétence facultative au profit du juge doté d'une compétence exclusive

253. Avant d'analyser la possibilité d'attribuer une compétence facultative, au profit du juge exclusivement compétent, concernant les demandes incidentes non couvertes par l'article 24 RBI *bis* (II), il serait intéressant d'étudier la règle de compétence dérivée établie en matière immobilière (I). Cette règle, qui figure à l'article 8 §4 RBI *bis*, démontre qu'un risque de fragmentation du contentieux peut exister si on n'admet pas l'extension de la compétence exclusive aux demandes incidentes.

I. La règle de compétence dérivée spécifique établie en matière immobilière

254. Nous allons voir que cette règle a été conçue afin de pallier les inconvénients, et surtout le morcellement du contentieux, qui découlent si on n'admet pas l'extension de la compétence exclusive aux demandes non couvertes par l'article 24 §1 RBI *bis*, qui sont invoquées au cours du procès (A). La CJUE a précisé les conditions d'application de l'article 8 §4 RBI *bis*, excluant le renvoi au droit procédural national (B).

A. Une règle conçue dans le but de remédier au morcellement du litige

255. ***La règle prévue à l'article 8 §4 RBI bis fondée sur la connexité***. Nous allons nous intéresser, ici, à une particularité qui existe à propos de la compétence exclusive du juge du lieu de situation de l'immeuble. Si le juge du *situs* est saisi à titre principal d'une question qui ne relève pas de la matière immobilière, il doit prononcer son incompétence, en raison de l'interprétation restrictive du champ d'application de sa compétence exclusive.

Toutefois, l'article 8 §4 RBI *bis*[495] prévoit une règle de compétence dérivée qui permet au juge du *situs* de se prononcer, dans certaines conditions, sur une action contractuelle qui ne relève pas de la matière immobilière *stricto sensu*. Selon cet article, le juge de l'État membre de situation de l'immeuble est aussi compétent pour connaître d'une action contractuelle, si elle peut être jointe à une action en matière de droits réels immobiliers dirigée contre le même défendeur.

[495] La disposition a été initialement introduite à l'article 6 §4 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 et a été reprise par la Convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989.

256. ***L'objectif de la règle : éviter l'éparpillement du contentieux.*** Ce texte a été conçu pour résoudre un problème pratique. L'hypothèse visée est notamment celle dans laquelle le paiement d'une somme d'argent est garanti par une sûreté réelle portant sur un immeuble. Dans ce cas, une dualité de procès s'impose, dans la mesure où le créancier impayé doit engager un premier procès devant le juge du lieu du domicile du débiteur ou le juge du contrat pour faire reconnaître sa créance et une seconde instance dans l'État membre de situation de l'immeuble sur lequel une hypothèque était inscrite pour le recouvrement de la créance.

Afin d'éviter cette scission du contentieux, qui porte atteinte au principe de l'économie des procédures, a été adopté l'article 8 §4 dont l'objectif est de donner la possibilité au créancier de saisir un seul et même tribunal de l'action contractuelle en paiement et de la demande de réalisation de la sûreté. L'article permet concrètement au demandeur de joindre à l'action réelle une autre demande formée en matière contractuelle contre le même défendeur[496]. En d'autres termes, il permet d'étendre la compétence exclusive à la demande contractuelle – formées à titre principal ou incident – liée à la demande réelle immobilière mais ne relevant pas de cette matière.

257. Il est intéressant de noter que selon certains auteurs, qui ont déduit de l'arrêt *Rösler* le refus implicite de toute extension de la compétence exclusive aux demandes incidentes formées au cours du procès et ne relevant pas de la matière pour laquelle la compétence exclusive a été édictée – déduction contestable comme nous l'avons démontré – cette règle de compétence dérivée apporte une limite à ce refus en matière réelle immobilière. Elle *« pallie les inconvénients découlant de l'interprétation stricte des règles de compétence exclusive. Ce caractère restrictif oblige à scinder le litige lorsque des chefs de demande étroitement liés entre eux relèvent seulement pour partie de la compétence exclusive d'une juridiction, et pour le surplus, fût-il accessoire, en sont exclus »*[497].

On s'aperçoit, ainsi, que le risque de l'éparpillement du contentieux est bien présent si on n'admet pas l'extension de la compétence exclusive aux demandes accessoires soulevées en cours d'instance. Ce risque existe également lorsqu'on refuse l'extension de la compétence aux

[496] Cette règle de compétence dérivée a intérêt s'il n'y a pas de correspondance parfaite entre juge du lieu de situation de l'immeuble et juge du domicile du défendeur ou juge du lieu de situation de l'immeuble et juge du contrat au sens de l'article 7 § 1 RBI *bis*.
[497] J. -P. BERAUDO, M. -J. BERAUDO, *JCl. Europe Traité*, fasc. 3023 (2017), n° 60.

demandes principales ne relevant pas du domaine d'application de la compétence exclusive, mais, dans ce cas, le refus de l'extension est justifié, en raison du principe de l'interprétation stricte du champ d'application des compétences exclusives. En revanche, en cas de demandes incidentes formées pendant l'instance, le refus de l'extension de la compétence entraîne des lenteurs et des complications dans la procédure en cours, qui nuisent à une bonne administration de la justice.

258. ***Une règle analogue prévue dans la Convention de la Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale***. Il est aussi important de remarquer que la Convention de la Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale conclue le 2 juillet 2019 reconnaît l'efficacité d'un jugement rendu par l'État dans lequel l'immeuble est situé et portant à la fois sur une demande relative à une obligation contractuelle garantie par un droit réel et sur une demande relative à ce droit réel[498] – même si le défendeur n'a pas sa résidence habituelle dans cet État ou les paiements n'y sont pas dus. La Convention reconnaît, ainsi, l'efficacité résultant de la possibilité de joindre, en une seule procédure, ces deux demandes, malgré le fait que l'État du *situs* est seul compétent pour statuer sur les demandes portant sur des droits réels.

B. Le rejet du renvoi au droit procédural national

259. ***Les conditions d'application de l'article 8 §4 précisées par l'arrêt Wolfgang Schmidt***. Quant à la mise en œuvre de l'article 8 §4 RBI *bis*, la CJUE a rendu un arrêt le 16 novembre 2016[499] sur ce point. En l'espèce, le requérant avait introduit deux demandes à titre principal ; d'une part une demande d'annulation d'un acte de donation immobilière pour incapacité de contracter du donateur et, d'autre part, une demande de radiation du registre foncier du droit de propriété du donataire.

---

[498] Selon l'article 5 (i) de la Convention, *« un jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté si le jugement rendu contre le défendeur porte sur une obligation contractuelle garantie par un droit réel relatif à un immeuble situé dans l'État d'origine, à condition que la demande contractuelle ait été accompagnée d'une demande portant sur ce droit réel dirigée contre ce défendeur »*. La Convention de la Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale a été conclue le 2 juillet 2019 mais elle n'est pas encore entrée en vigueur, elle est disponible en ligne à l'adresse : https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=137 V. aussi le rapport explicatif établi par F.- J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et Geneviève SAUMIER sur la base du projet de convention de novembre 2017, n° 166, le rapport peut être consulté à l'adresse : https://assets.hcch.net/docs/5e717379-f063-4f25-b635-dd1ba9191d0a.pdf.

[499] CJUE 16 novembre 2016, *Wolfgang Schmidt*, aff. C-417/15, Concl. J. Kokott.

L'action en nullité de l'acte de donation de l'immeuble relève de la matière contractuelle et de l'article 7 §1 RBI *bis*[500]. Comme l'a relevé l'avocat général dans ses conclusions, la demande en nullité de l'acte de donation de l'immeuble formée à titre principal ne peut relever de la compétence exclusive du juge du *situs*, en raison du principe de l'interprétation stricte des règles de compétences exclusives (point 48 des conclusions de l'avocat général)[501].

En revanche, la demande de radiation dans le registre foncier du droit de propriété du bénéficiaire de la donation est fondée sur la nullité du transfert de propriété et, partant, sur un droit réel dont se prévaut le requérant sur l'immeuble concerné. Une telle action vise la sauvegarde des prérogatives tirées d'un droit réel et elle relève ainsi de la compétence exclusive de la juridiction de l'État membre où l'immeuble est situé en vertu de l'article 24 RBI *bis* (points 40 et 41 de l'arrêt).

La Cour de justice a, cependant, considéré que le tribunal de l'État membre du lieu de situation de l'immeuble a également une compétence juridictionnelle fondée sur la connexité, en vertu de l'article 8 §4 RBI *bis*, pour connaître de la demande d'annulation de l'acte de donation immobilière. En effet, les conditions d'application de l'article 8 §4 étaient réunies, en l'espèce, dans la mesure où l'action contractuelle et l'action réelle étaient dirigées contre le même défendeur et un lien de connexité existait entre elles, puisque la radiation dans le registre foncier est demandée au regard de la nullité de l'acte de donation.

260. ***Le refus de passer par le droit national afin d'assurer la mise en œuvre uniforme de la règle.*** Il convient aussi de noter un élément intéressant à propos de cet arrêt. La CJUE dans son arrêt *Wolfgang Schmidt* a considéré que les conditions d'application de l'article 8 §4 étaient remplies, sans mentionner le renvoi au droit procédural national[502], alors que le texte semblait subordonner la concentration des compétences à ce que le droit national du tribunal du lieu de situation de l'immeuble, autorise la jonction d'actions.[503].

---

[500] Selon la Cour, une telle action n'est pas fondée sur un droit réel. Le fait que l'acte dont la nullité est demandée se rapporte à un bien immeuble ne joue aucun rôle en ce qui concerne l'analyse de sa validité, la nature immobilière de l'objet matériel du contrat n'a qu'une importance incidente (point 36 de l'arrêt *Wolfgang Schmidt*).
[501] Concl. de l'avocat général J. KOKOTT, présentée le 7 juillet 2016.
[502] En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 6e éd. 2018, n° 274.
[503] En ce sens v. Rapp. JENARD-MÖLLER sur la Convention de Lugano, n° 46 et rapp. ALMEIDA CRUZ, DESANTES REAL ET JENARD, sur la Convention de Saint-Sébastien, n° 24, *« On a estimé qu'il était pratique de pouvoir joindre une action concernant l'obligation personnelle du propriétaire d'un immeuble à une action en vue de la vente forcée de cet immeuble dans les États où une telle jonction est possible. […] Cette règle de compétence ne se suffit pas à elle-même. Elle doit nécessairement être complétée par des critères juridiques fixant les conditions dans*

Dans ses conclusions, l'avocat général avait également condamné le renvoi au droit national[504], qui obligerait d'admettre la jonction des actions si les conditions de l'article 8 §4 et celles prévues par le droit procédural national sont réunies de manière cumulative. Or, cela conduirait à ce que la règle de compétence dérivée ne puisse pas être appliquée de manière uniforme au sein de l'Union européenne, mais dans chaque État membre de façon différente.

Par ailleurs, les termes *« peuvent être jointes »* qui figurent à l'article 8 §4 ne constituent pas forcément un renvoi au droit national, *« elles peuvent aussi simplement viser à indiquer que deux procédures sont pendantes concomitamment devant la même juridiction et qu'une jonction est pour cette raison envisageable »*[505]. Une telle interprétation de l'article est préférable, dans la mesure où elle permet une simplification et une application uniforme de la disposition au sein de l'Union européenne, ainsi que prévisible pour les justiciables.

La solution retenue dans l'arrêt *Wolfgang Schmidt* a été confirmée par une décision postérieure, l'arrêt *Milivojević*[506]. La Cour de justice a jugé que la compétence du juge du lieu de situation de l'immeuble peut être fondée sur l'article 8 §4 pour connaître des actions contractuelles[507], dans la mesure où ces actions sont dirigées contre le même défendeur, et peuvent ainsi être jointes. Aucune mention n'est faite d'un renvoi au droit procédural national.

II. L'attribution d'une compétence facultative au juge doté d'une compétence exclusive en présence de demandes incidentes non couvertes par l'article 24 RBI *bis*

261. ***L'absence de réponse claire de la part de la CJUE***. La question de l'extension des compétences exclusives aux demandes incidentes non couvertes par l'article 24 RBI *bis* et formées en cours d'instance n'est pas abordée de façon explicite dans la jurisprudence de la CJUE. L'arrêt *Autoteile* concerne une affaire dont les circonstances ont conduit au rejet d'une telle extension pour sanctionner le comportement opportuniste du débiteur et l'arrêt *Rösler* n'aborde pas directement la question de savoir si une telle extension est envisageable.

---

lesquelles une telle jonction est possible. Ainsi, la convention de Lugano n'affecte pas les dispositions qui existent déjà ou qui pourront être introduites à l'avenir dans les systèmes juridiques des États contractants en ce qui concerne la jonction des actions mentionnées ci-dessus ».

[504] Concl. de l'avocat général J. KOKOTT, présentée le 7 juillet 2016, points 55-58.

[505] *Ibid.*, point 56.

[506] CJUE, 14 févr. 2019, aff. C630/17, *Anica Milivojević c/ Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*.

[507] Le juge du *situs* (le juge croate) a été saisi à titre principal d'une demande en annulation d'un contrat de crédit et d'un contrat relatif à la constitution de l'hypothèque ainsi que d'une demande de radiation de l'hypothèque du registre foncier national.

262. ***La faculté offerte au juge exclusivement compétent de statuer sur des demandes incidentes non couvertes par l'article 24 RBI bis***. Nous sommes d'avis qu'interdire au juge exclusivement compétent de se prononcer sur la demande incidente et lui imposer de surseoir à statuer pour renvoyer les parties à mieux se pourvoir porte atteinte à la bonne administration de la justice et aux besoins de l'économie de procédure, puisque cela entraînerait un morcellement du litige ainsi que des frais, des lenteurs et des complications dans la procédure en cours. Il est préférable de laisser le juge statuer sur la question accessoire soulevée au cours du procès, ce qui permettrait de faire l'économie d'une procédure supplémentaire et de préserver une certaine cohérence à la solution rendue qui sera globale.

Néanmoins, les demandes incidentes ne doivent pas conduire à intégrer au procès des questions sans lien avec la demande principale, sinon elles viendraient perturber l'instance initiale. C'est la raison pour laquelle il serait souhaitable que la compétence du juge pour connaître de la demande accessoire ait un caractère facultatif. Ainsi, le juge pourrait prendre en compte les différents éléments du litige et surtout le lien de la demande incidente à la demande principale ainsi que le caractère sérieux de la difficulté soulevée par la question accessoire afin de déterminer s'il est opportun qu'il statue.

L'hypothèse du sursis à statuer. Si le juge se prononce non compétent pour connaître de la demande invoquée en cours d'instance, il doit surseoir à statuer et imposer au plaideur un délai afin de saisir le juge étranger compétent pour trancher la question accessoire. Si le plaideur ne respecte pas ce délai, la procédure devrait reprendre son cours et la demande ne pourrait plus être invoquée.

263. ***La possibilité pour le juge saisi de transmettre directement la question incidente au juge compétent***. En cas de sursis à statuer, nous pourrions imaginer la mise en place, dans l'espace judiciaire européen, d'un mécanisme de coopération judiciaire entre les juges des États membres, leur permettant de se poser mutuellement des questions, à l'instar du système de coopération qui permet aux juges nationaux de poser des questions préjudicielles à la CJUE. Rien n'empêche l'élaboration d'un tel mécanisme de coopération internationale entre les juges, surtout aujourd'hui avec les facilités énormes de communication qui sont disponibles. Ceci donnerait la possibilité au juge initialement saisi de transmettre directement la question au juge compétent et attendre sa réponse, sans que les parties aient à le saisir elles-mêmes. Cette

procédure pourrait être moins chronophage[508]. Le jugement rendu par le tribunal compétent pourra être reconnu et pris en compte dans la décision que le juge initialement saisi va prononcer.

Un tel mécanisme se rapproche de celui institué par le règlement Bruxelles II *ter* en matière de responsabilité parentale (articles 12 et 13) correspondant à un renvoi de compétence vers un juge considéré comme mieux placé pour statuer sur la totalité de l'affaire ou sur une partie de celle-ci. L'article 12 RBII *ter* autorise, en effet, le juge normalement compétent pour connaître du fond à surseoir à statuer et soit inviter les parties à saisir les juridictions d'un autre État membre en leur impartissant un délai de saisine soit demander directement au juge étranger d'exercer sa compétence[509]. Même s'il s'agit d'une technique proche de celle du *forum non conveniens*, l'article 12 tend, néanmoins, à limiter l'incertitude inhérente au *forum non conveniens* en énumérant de façon précise des compétences alternatives envisageables[510].

Le règlement européen en matière de successions prévoit également à son article 6 un cas de *forum non conveniens* permettant au juge normalement compétent du lieu de la résidence habituelle du défunt de décliner sa compétence, à la demande d'une partie, si elle considère que les juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie sont mieux placées pour statuer sur la succession.

264. Il faut admettre que la solution que nous proposons attribue une marge d'appréciation au juge initialement saisi et n'élimine pas totalement le risque de l'éparpillement du contentieux

[508] Les différentes étapes d'une telle procédure doivent être déterminées. Les parties doivent pouvoir soumettre, au juge étranger saisi de la question préjudicielle, leurs observations écrites. Le régime linguistique ne semble pas poser un problème insurmontable – les juridictions en cause pourraient se mettre d'accord sur la langue utilisée ou mettre en place un système de traduction. Cette procédure proposée doit être fondée sur la bonne volonté des États membres, la confiance mutuelle, et l'esprit de coopération. Ces principes permettent de surpasser les différents obstacles d'ordre technique qui peuvent surgir.

[509] Il convient, toutefois, de remarquer qu'il y a une différence entre la solution proposée dans le contexte que nous envisageons – c'est-à-dire lorsque le juge exclusivement compétent est saisi à titre incident d'une question ne relevant pas de l'article 24 RBI *bis* – et le mécanisme consacré à l'article 12 RBII *ter*. Ce dernier vise l'hypothèse où la compétence de la juridiction bénéficiaire du renvoi n'est pas certaine, d'où la nécessité de prévoir un délai dans lequel cette dernière doit statuer sur la demande qui lui est faite d'exercer sa compétence (article 12 §2). En revanche, dans l'hypothèse que nous examinons, la compétence du juge d'un autre État membre pour connaître de la demande incidente ne pose pas problème ; il n'y a pas alors besoin de prévoir un délai de réponse.

[510] L'article 12 RBII *ter* permet au juge normalement compétent – c'est-à-dire notamment celui de la résidence habituelle de l'enfant – de renvoyer l'affaire à la juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier et qui serait ainsi mieux placée pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant. Le paragraphe 4 de l'article 12 énumère les rattachements qui peuvent constituer un lien particulier entre l'enfant et un autre État membre permettant de considérer que les juridictions de ce dernier sont mieux placées pour connaître de l'affaire. V. B. ANCEL et H. MUIR WATT, *« L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », Rev. crit. DIP* 2005, p. 569.

au cas où le juge décide de surseoir à statuer. Pourtant, il s'agit d'une solution marquée par une certaine souplesse, qui est préférable à la solution rigide qui consiste à imposer systématiquement au juge saisi de surseoir à statuer en attendant la décision de son homologue étranger.

Dans le cadre de cette première section, nous avons étudié la question de l'extension des compétences exclusives aux demandes qui ne relèvent pas de l'article 24 RBI *bis* et sont formées au cours du procès devant le juge exclusivement compétent. Nous allons, à présent, examiner l'hypothèse inverse dans laquelle le juge compétent au fond est appelé à statuer sur une demande incidente, qui pose une question relevant de la compétence exclusive d'un juge étranger.

Section II : Les demandes incidentes invoquées devant le juge non doté d'une compétence exclusive

265. Comme nous l'avons déjà précisé dans la section précédente[511], nous pouvons hésiter quant à la solution, qui doit être retenue, lorsque le juge compétent au fond est invité à statuer sur une demande incidente, laquelle soulève une question relevant de l'article 24 RBI *bis*. D'une part, l'extension de la compétence du juge saisi permet d'éviter le morcellement du contentieux, et lui donne la possibilité d'avoir une vue d'ensemble sur les prétentions des parties ; mais d'autre part, il n'est pas sage de permettre à n'importe quelle juridiction de statuer sur n'importe quelle question qui lui serait posée accessoirement à la demande principale.

Nous allons étudier, dans un premier temps, la dualité d'analyse retenue par la CJUE à propos de la portée des compétences exclusives en présence de demandes incidentes (§1). Face à cette solution ambiguë de la CJUE, qui semble contestable et injustifiée, il faudra analyser, dans un second temps, les solutions envisageables qui peuvent être proposées afin de régler de manière uniforme le problème de la portée des compétences exclusives (§2).

[511] V. *supra*, n° 225.

§1 La dualité d'analyse injustifiée retenue par la CJUE

266. La question qui se pose, ici, est de savoir si les compétences exclusives de l'article 24 RBI *bis* doivent jouer lorsqu'une demande couverte par cette disposition est soulevée à titre incident, c'est-à-dire en cours d'instance, dans le cadre d'un litige dont l'objet principal échappe à cet article[512]. La CJUE a donné des réponses contradictoires par rapport à cette question. En effet, dans son arrêt *GAT*[513], elle a répondu par l'affirmative en retenant une interprétation large de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle (I). En revanche, dans son arrêt *BVG*[514] elle a donné une réponse négative en interprétant strictement la compétence exclusive en matière de sociétés (II).

I. L'interprétation large de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle

267. La solution, qui a été retenue par la CJUE dans son arrêt *GAT*, semble être contraire à la lettre de l'article 27 RBI *bis*. Il convient, ainsi, d'examiner d'abord la règle prévue dans cet article (A) avant de s'intéresser à la solution adoptée dans l'arrêt (B).

A. La règle prévue à l'article 27 RBI bis

268. ***L'obligation pour le juge de se déclarer d'office incompétent en présence d'une règle de compétence exclusive***. En vertu de l'article 27 RBI *bis* (article 25 RBI – article 19 Convention de Bruxelles)[515], *« la juridiction d'un État membre saisie à titre principal d'un litige pour lequel les juridictions d'un autre État membre sont exclusivement compétentes en vertu de l'article 24 se déclare d'office incompétente »*.

[512] Il convient de rappeler que lorsque nous parlons de question soulevée en cours d'instance nous faisons référence à une question soulevée par l'une des parties au cours du procès – c'est-à-dire alors que l'instance a déjà été introduite par une demande principale pour laquelle le juge saisi est compétent. La question peut être soulevée sous forme de demande incidente ou de moyen de défense.
[513] CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LuK, Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, n° 37 ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. WILDERSPIN ; *RTDE* 2007, p. 679, obs. SCHMIDT-SZALEWSKI ; M.-E. ANCEL, « L'arrêt *GAT* : une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe », *Comm. com. électr*. 2007, chron. 10, p. 14.
[514] CJUE 12 mai 2011, *Berliner Verkhersbetriebe (BVG) c/ JP Morgan Chase Bank NA*, aff. C-144/10, *D*. 2011, panor. 2436, obs. S. BOLLÉE ; *D.* 2012, panor. 1228, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2011, 922, note E. TREPPOZ.
[515] La même règle est prévue à l'article 25 de la Convention de Lugano de 2007.

269. ***La possibilité pour le juge de connaître d'une question incidente relevant de l'article 24 RBI bis***. Il est permis, alors, de considérer, si on retient un raisonnement *a contrario*, que lorsqu'une juridiction est saisie à titre incident d'une question couverte par l'article 24 RBI *bis*, elle n'est pas obligée de se déclarer d'office incompétente. Ainsi que le précise le rapport Jenard[516] à propos de l'article 19 de la Convention de Bruxelles, *« il résulte des mots « saisi à titre principal » que ce juge ne doit pas se déclarer d'office incompétent si la question qui relève de la compétence exclusive à un autre tribunal n'est soulevée qu'à titre d'exception »*.

La même interprétation est retenue par A. Sinay-Cytermann dans sa thèse à propos de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle. L'auteure relève que *« l'article 19 de la Convention de Bruxelles n'envisageant pas le cas où le tribunal d'un État contractant n'est saisi qu'à titre incident d'une question qui fait l'objet d'une compétence exclusive, on peut donc en déduire a contrario, que le tribunal d'un État contractant, saisi à titre incident de la nullité d'un brevet n'est pas obligé de se dessaisir au profit de l'État qui a délivré ce brevet »*[517].

Autrement dit, le fait que l'article 27 RBI *bis* n'impose au juge l'obligation de se dessaisir en présence d'une règle de compétence exclusive que s'il est saisi *« à titre principal »* d'une question couverte par l'article 24 implique que ce juge n'est pas nécessairement incompétent lorsqu'il est saisi à titre incident de cette question.

Il est vrai, comme le relève L. Usunier[518], que l'article 27 n'a pas pour objet de préciser la portée des compétences exclusives, mais de cerner l'obligation pour les juridictions des États membres de relever d'office leur incompétence, dans l'hypothèse où elles sont saisies en

---

[516] Rapport Jenard, Journal officiel des Communautés européennes, 5 mars 1979, C 59, p. 39.

[517] SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse, Strasbourg, 1980, p. 709, n° 382. Dans le même sens, P. LAGARDE, 4ème rencontre internationale de propriété industrielle, Droit international et contrefaçon de brevet dans la CEE (1974), PIBD, p. 50.

[518] L. USUNIER, *JCl. dir. internat*., fasc. 584-160 (2015), n° 31. Nous trouvons la même remarque dans le point 19 de l'arrêt *GAT* selon lequel *« l'article 19 de la Convention de Bruxelles n'attribue pas de compétence, mais se borne à imposer au juge saisi de vérifier sa compétence et de se déclarer d'office incompétent dans certains cas »* (CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LuK*, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, n° 37 ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. WILDERSPIN ; *RTDE* 2007, p. 679, obs. SCHMIDT-SZALEWSKI ; M.-E. ANCEL, « L'arrêt *GAT* : une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe », *Comm. com. électr*. 2007, chron. 10, p. 14). La CJUE et l'avocat général de l'affaire *GAT* avaient aussi souligné une certaine divergence entre les versions linguistiques du texte. Certaines versions, notamment les versions française, espagnole, italienne et grecque précisent, dans le cadre de l'article 27, que le juge doit être saisi *« à titre principal »* d'un litige relevant d'une compétence exclusive, alors que d'autres, notamment la version anglaise précise que le juge doit être saisi d'une action *« which is principally concerned with a matter over which the courts of another Member State have exclusive jurisdiction »*, le terme *« principally »* renvoie plutôt au fond et non à la procédure (Conc. de l'avocat général M. L. A. GEELHOED présentées le 16 septembre 2004, point 34).

violation de l'article 24. Le juge n'a l'obligation de relever d'office son incompétence que s'il est saisi à titre principal d'un litige couvert par l'article 24. En revanche, s'il est saisi à titre incident d'un tel litige, il peut également se déclarer incompétent pour en connaître, mais à la demande de l'une des parties et non pas d'office[519].

Il faut, pourtant, remarquer qu'il y a une différence importante entre les deux hypothèses. D'un côté, le juge est obligé de relever d'office son incompétence s'il est saisi à titre principal d'un litige relevant de l'article 24 mais d'un autre côté, cette obligation fait défaut lorsqu'il en est saisi à titre incident. Par conséquent, dans cette dernière hypothèse, le juge peut se déclarer incompétent pour y statuer, à la demande de l'une des parties, mais il peut aussi se déclarer compétent.

270. ***La position prise par l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale***. Par ailleurs, il est intéressant de noter que l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté en 1999 dans le cadre de la Conférence de La Haye, avait limité l'exclusivité des compétences prévues à son article 12 au cas où le juge est saisi à titre principal[520].

Nous rappelons que la tentative d'adoption d'une Convention internationale sur la compétence et les jugements en matière civile et commerciale a finalement échoué mais il n'est pas sans intérêt de mentionner le point de vue des négociateurs. P. Nygh et F. Pocar, dans leur

---

[519] Il y a, ici, une divergence au sein de la doctrine. Selon certains auteurs, si le juge est saisi à titre incident d'un litige relevant de l'article 24, il peut se déclarer incompétent à la demande de l'une des parties et non pas d'office (L. USUNIER, *JCl. dir. internat.*, fasc. 584-160, *op. cit.* ; M. TUPPIN, 4ème rencontre internationale de propriété industrielle, Droit international et contrefaçon de brevet dans la CEE (1974), PIBD). Cependant, une partie de la doctrine soutient que le fait que l'article 27 RBI *bis* n'oblige pas le tribunal saisi à titre incident d'un tel litige à se dessaisir d'office, ne le lui interdit pas non plus (P. LAGARDE, 4ème rencontre internationale de propriété industrielle, *op. cit.* ; J.- M. MOUSSERON, J. RAYNARD, P. VÉRON, « Cross-Border Injuctions – A French perspective », in *International review of industrial property and copyright law*, Max-Planck-Institute for Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, Munich, C. H. Beck, 1998).

[520] V. l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 est disponible en ligne à l'adresse suivante https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf. Il convient de rappeler que l'article 12 de l'avant-projet prévoyait des compétences exclusives dans les mêmes matières que celles visées à l'article 24 RBI *bis*, c'est-à-dire la matière immobilière et de baux d'immeubles, la matière de sociétés, de propriété intellectuelle et de validité des inscriptions sur des registres publics, v. *supra*, n° 60. Selon l'article 12 §6, ces compétences exclusives ne s'appliquent pas lorsque le tribunal est saisi à titre incident d'une question tombant sous l'empire d'une compétence exclusive. Le texte a été, toutefois, présenté entre crochets en vue d'une discussion plus approfondie du problème dans le cadre de la Conférence diplomatique. Le texte provisoire de convention de 2001 ne prévoit cette possibilité pour le juge saisi de se prononcer à titre incident sur une question couverte par une compétence exclusive que pour la question de validité des titres de propriété intellectuelle, le texte provisoire peut être consulté en ligne à l'adresse suivante https://assets.hcch.net/docs/3e9441e5-7978-4b57-bee2-4c14d29f36f8.pdf

rapport explicatif à propos de cet avant-projet, avaient souligné que la Convention de Bruxelles se prononce en principe dans le même sens « *en établissant que le juge doit se déclarer d'office incompétent lorsqu'il est saisi d'un litige pour lequel le juge d'un autre État contractant est exclusivement compétent en vertu de l'article 16, l'article 19 ne se réfère qu'à l'hypothèse de saisine « à titre principal » »*[521].

Nous pouvons, ainsi, en déduire que le juge n'est pas nécessairement incompétent lorsqu'il est saisi de manière incidente d'une question couverte par l'article 24. Décider le contraire, pourrait entraîner des lenteurs et des complications qui iraient à l'encontre d'une bonne administration de la justice[522]. Toutefois, la CJUE a considéré, dans son arrêt *GAT*[523], que le juge saisi à titre incident de la question de validité d'un brevet européen relevant de l'article 24 §4 est incompétent pour en connaître.

B. La solution contestable retenue dans l'arrêt GAT

271. Nous allons, maintenant, étudier les défauts importants dont souffre la jurisprudence *GAT* (2) après avoir rappelé le contexte de l'affaire (1).

1. Le contexte de l'affaire

272. ***Les circonstances de l'arrêt GAT***. L'affaire GAT porte sur un litige survenu entre deux sociétés allemandes. La société LuK, titulaire de deux brevets français, a allégué que la société concurrente, GAT, contrefaisait ces brevets. GAT a intenté une action en constatation de non-contrefaçon devant le juge allemand soutenant, d'une part, que son comportement ne violait pas les brevets litigieux et, d'autre part, que ces brevets étaient nuls.

La CJUE a été appelée à s'interroger sur le point de savoir si la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle (article 22 §4 RBI, aujourd'hui article 24 §4 RBI *bis*)

---

[521] V. Rapport NYGH/POCAR, *op. cit*., p. 70, disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf.

[522] A. Sinay-Cytermann souligne, à propos de la compétence exclusive en matière de brevets et marques, que l'appréciation à titre incident par les juges étrangers, d'un titre français, comme l'appréciation à titre incident par les juges français d'un titre étranger, ne paraît pas heurter les prérogatives souverainetés de la puissance française ou étranger et elle semble répondre au contraire aux exigences d'une bonne administration de la justice internationale (A. SINAY-CYTERMANN, *op. cit*., p. 712, n° 382 et p. 729, n° 395).

[523] CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LuK, Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. WILDERSPIN ; *RTDE* 2007, p. 679, obs. *Schmidt-Szalewski.*

s'applique dans le cadre d'une action en constatation de non-contrefaçon d'un brevet, lorsque le demandeur invoque à titre incident la nullité du brevet litigieux.

La même question se pose également dans l'hypothèse plus fréquente où, dans le cadre d'une action en contrefaçon, le défendeur soulève à titre d'exception la question de la validité du brevet. Il faut, en effet, souligner qu'en pratique, la question de la validité du brevet est fréquemment soulevée à titre incident par le défendeur dans le cadre d'une action en contrefaçon ; le prétendu contrefacteur vise, ainsi, à faire rejeter l'action intentée à son encontre.

En d'autres termes, la question posée dans l'affaire *GAT* a été de savoir si le juge compétent en matière de contrefaçon peut statuer sur la validité du brevet litigieux – question couverte par l'article 22 §4 RBI – dans la mesure où celle-ci n'est débattue qu'à titre incident dans le cadre de l'action en contrefaçon dont il est saisi.

273. ***La réponse donnée par la Cour de justice***. Selon la Cour, l'article 22 §4 *« doit s'appliquer quel que soit le cadre procédural dans lequel la question de la validité du brevet est soulevée, que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception, lors de l'introduction de l'instance ou dans un stade plus avancé de celle-ci »* (point 25 de l'arrêt). Une solution contraire multiplierait les chefs de compétence, portant atteinte à la sécurité juridique et entraînerait un risque de contrariété de décisions à propos de la validité du brevet (points 28 et 29 de l'arrêt).

Par conséquent, le juge saisi de l'action en contrefaçon ne peut pas statuer sur la question tirée de la nullité du titre. Il doit surseoir à statuer en attentant que les tribunaux de l'État d'enregistrement du titre se prononcent sur cette question. Il est vrai que l'arrêt *GAT* n'apporte pas une réponse claire sur le comportement que doit suivre le juge de la contrefaçon, c'est-à-dire s'il doit opter pour un dessaisissement total ou un sursis à statuer. Toutefois, la seconde solution semble préférable. Un dessaisissement total reviendrait à étendre démesurément le

champ d'application de l'article 22 §4, qui, en tant que règle de compétence exclusive, doit être interprété de façon stricte[524] [525].

Le RBI *bis* a expressément consacré la jurisprudence *GAT* dans son article 24 §4 qui prévoit qu'en matière de validité des titres de propriété intellectuelle, les juridictions du pays d'enregistrement ont une compétence exclusive, que la question soit *« soulevée par voie d'action ou d'exception (…) les juridictions de chaque État membre sont seules compétentes en matière d'inscription ou de validité d'un brevet européen délivré pour cet État membre »*.

2. Les défauts de la jurisprudence GAT

274. La solution retenue dans l'arrêt *GAT* semble, cependant, créer plus de problèmes qu'elle n'en résout. Les arguments soulevés par la Cour tenant au risque d'une multiplication des chefs de compétence et au risque de contrariété des décisions ne sont pas convaincants (a), et l'éparpillement du contentieux paraît inévitable (b). Le risque de morcellement du contentieux est même renforcé par la jurisprudence *Roche*[526] (c).

a. La faiblesse des arguments soulevés par la Cour

275. ***Les arguments tenant au risque d'une multiplication des chefs de compétence et au risque de contrariété des décisions***. Tout d'abord, l'argument de la Cour tiré du risque d'une multiplication des chefs de compétence, si la compétence exclusive de l'article 22 §4 n'est pas

[524] CJCE 15 nov. 1983, *Duijnstee*, aff. 288/82, *RTD eur*. 1984. 316, obs. G. BONET, *JCP E* 1984. I. 13389, obs. G. BONET, J.-B. BLAISE, *Rev. crit. DIP* 1984. 366, note G. BONET. La Cour de justice a précisé dans cet arrêt, que la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle n'a pas de raison d'être si le litige porte sur l'appartenance des droits intellectuels, les contrats dont ils sont l'objet ou les contrefaçons qu'ils subissent. Plus récemment, dans son arrêt *Hanssen Beleggingen*, elle a décidé que le litige visant à déterminer si une personne a été inscrite à juste titre en tant que titulaire d'une marque ne relève pas de l'article 24 §4. Il ne s'agissait pas d'un litige portant sur l'enregistrement ou la validité de la marque, mais seulement sur sa propriété. (CJUE 5 octobre 2017 *Hanssen Beleggingen*, aff. C-341/16, F. MÉLIN, « Litige relatif à une marque : portée de la règle de compétence exclusive du règlement Bruxelles I », *Dalloz actualité*, 18 oct. 2017).

[525] Le gouvernement du Royaume-Uni avait interprété de façon large l'article 22 §4 RBI comme incluant les actions portant à titre principal sur la violation des droits de propriété intellectuelle, lorsque la nullité est soulevée comme exception ou comme base d'une action reconventionnelle. Dans les pays de *common law*, la validité et la violation d'un brevet sont si étroitement liées que la question de validité est considérée se poser à titre principal et non incident, même si elle est posée en cours d'instance. Cependant, cette interprétation doit être écartée. La CJUE dans son arrêt *Duijnstee*, n'a pas soumis les litiges concernant la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle à la règle de l'article 22 §4 (v. conclusions de l'avocat général M. L. A. GEELHOED sur l'affaire *GAT*, n° 18-19 et 38).

[526] CJUE 13 juillet 2006, C-539/03, *Roche Nederland c. Primus et Goldberg, Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, n° 35 ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, obs. M. WILDERSPIN ; *RTD eur*. 2007, p. 679, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; *D.* 2007, p. 336, obs. J. RAYNARD.

étendue lorsque la question de la validité du brevet est invoquée à titre incident, n'est pas convaincant. La Cour elle-même multiplie les chefs de compétence, en admettant l'application de l'article 22 §4 lorsque, dans le cadre d'une action en contrefaçon, le défendeur excipe de la nullité du brevet, et porte, ainsi, atteinte au principe de sécurité juridique.

Ensuite, le raisonnement tiré du risque de contrariété des décisions si des juridictions autres que celles de l'État de délivrance d'un brevet statuent à titre incident sur la validité de ce brevet[527] n'est pas non plus très convaincant. La Cour vise normalement l'hypothèse où le titulaire du brevet entame des actions en contrefaçon dans plusieurs États membres et que la question de la validité du brevet est soulevée à titre incident, les juridictions saisies peuvent alors donner des réponses divergentes à cette question.

276. Toutefois, comme l'a justement fait observer M. Wilderspin[528], il faut que le titulaire intente, dans plusieurs États membres, des actions en contrefaçon contre le même défendeur, afin qu'il existe un risque de décisions inconciliables. Or, une telle hypothèse ne semble pas vraisemblable et dans un tel cas de figure, le risque de contrariété de jugements existe indépendamment de la question de validité du brevet.

En revanche, s'il y a plusieurs défendeurs domiciliés au sein de l'Union européenne, et le titulaire décide d'attraire chacun dans l'État membre du lieu de son domicile, il y a, certes, un risque que les tribunaux donnent des réponses divergentes à la question incidente de la validité du brevet éventuellement posée. Mais il n'existe pas un risque de décisions inconciliables *stricto sensu*, dans la mesure où il n'y a aucune identité des parties – il y a, pourtant, le risque que les décisions soient intellectuellement contradictoires. Ainsi que nous allons voir plus tard, dans cette hypothèse il est préférable de centraliser le contentieux sur le fondement de l'article 8 §1 RBI *bis*[529].

[527] Point 29 de l'arrêt.
[528] M. WILDERSPIN, « La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777.
[529] Selon cet article, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être attraite, s'il y a plusieurs défendeurs, devant la juridiction du domicile de l'un d'eux. V. *infra*, n° 281 et s..

La Cour, en se référant au risque de contrariété de décisions, semble plutôt faire allusion à la question de la reconnaissance du jugement constatant à titre incident la nullité du brevet enregistré dans un autre État membre. Nous traiterons cette question ultérieurement[530].

b. L'éparpillement inévitable du contentieux

277. ***La complication de la procédure surtout au cas où un brevet européen est en cause***. Par ailleurs, la solution retenue dans l'arrêt *GAT* est susceptible d'entraîner une scission, voire un éparpillement du contentieux. En effet, si dans le cadre d'une action en contrefaçon, le prétendu contrefacteur excipe de l'invalidité du titre enregistré dans un État membre, le litige est scindé automatiquement, puisque la question de la validité doit être trachée par le juge de l'État du lieu de l'enregistrement.

Il faut, pourtant, remarquer que l'arrêt *GAT* s'applique non seulement aux titres de propriété intellectuelle nationaux délivrés par des administrations nationales des États membres mais aussi aux brevets européens délivrés par l'Office européen des brevets[531]. Or, le brevet européen est délivré pour un certain nombre d'États membres et le titre, une fois obtenu, se fragmente en un faisceau de brevets nationaux régis par le droit national des États membres visés dans la demande de brevet. Nous allons voir, plus tard, qu'il en va autrement pour les droits de propriété intellectuelle d'origine communautaire, comme la marque de l'Union européenne, les dessins et modèles communautaires[532].

Par conséquent, dans l'hypothèse où le détenteur d'un brevet européen valable pour plusieurs pays communautaires engage une action en contrefaçon dans l'État du domicile du défendeur et ce dernier conteste la validité de chacun des brevets, il faudrait s'adresser aux

[530] V. *infra*, n° 296 et s..

[531] Le brevet européen est délivré en vertu de la Convention sur la délivrance de brevets européens, signée à Munich le 5 octobre 1973. La Convention de Munich établit un système de délivrance centralisée des brevets en Europe (système non communautaire), mais les titres qui en sont issus demeurent des titres nationaux. Elle a été révisée le 29 novembre 2000.

[532] Il ne s'agit pas de droits nationaux, mais de titres unitaires octroyés par une autorité de l'Union européenne pour l'ensemble du territoire de celle-ci et à propos desquels des règles de compétence matérielle et territoriale spécifiques sont prévues par des règlements européens. Le juge de la contrefaçon d'un titre unitaire est, en principe, compétent pour se prononcer sur une demande incidente portant sur la validité du titre (v. article 124 du règlement n° 2017/1001 du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne et article 81 du règlement n° 6/2002 du 12 décembre 2001 sur les dessins et modèles communautaires). Nous allons aussi analyser plus tard le projet européen tenant à la création d'un brevet communautaire (brevet européen à effet unitaire), v. *infra,* n° 637 et s..

tribunaux de tous les États membres d'enregistrement du brevet. La solution conduit, alors, à une dispersion du contentieux qui peut retarder sérieusement l'issue de l'action en contrefaçon.

278. L'avocat général avait aussi remarqué cela, en précisant que la solution proposée – et finalement retenue dans l'arrêt *GAT* – n'élimine pas le risque que les tribunaux de plusieurs États membres soient impliqués dans la même affaire et prennent des décisions divergentes. *« En effet, le titulaire du brevet possède souvent dans plusieurs États membres des brevets concernant le même produit ou la même méthode de fabrication. Les tribunaux de ces différents États membres seraient donc au même moment exclusivement compétents dès lors que, dans le cadre d'une procédure d'infraction, la validité d'un brevet est mise en cause. La procédure d'infraction n'en est donc pas facilitée »*[533].

Une autre difficulté, qui peut se présenter, concerne l'hypothèse où l'action en contrefaçon intentée devant le tribunal d'un État membre porte sur un titre enregistré dans un État tiers. Si le défendeur conteste la validité du titre, l'article 22 §4 ne serait pas normalement applicable, vu qu'il s'applique à propos des titres enregistrés dans un État membre. Pourtant, se pose la question de savoir si la juridiction saisie devrait alors maintenir sa compétence et statuer à titre incident sur la validité du titre ou s'il faudrait reconnaître un « effet réflexe »[534] à l'article 22 §4, permettant au juge du pays tiers de se prononcer sur la question de la validité.

Ainsi que le souligne M. Wilderspin, *« cette hypothèse n'est pas un pur cas d'école. Il n'est pas du tout exclu que le détenteur de plusieurs brevets, dont certains sont enregistrés dans un ou plusieurs États contractants et d'autres dans des pays tiers, souhaite concentrer la totalité du litige dans un État contractant à l'encontre d'un défendeur y domicilié. Précisément cette situation s'est produite dans l'affaire faisant l'objet de l'arrêt du 9 août 2001 du Rechtbank Rotterdam, Breslers Industries Inc. c. Unilever, NJ 2002, Nr. 59 »*[535].

279. ***Le risque de promouvoir des manœuvres dilatoires***. Dans ces conditions, il paraît que la jurisprudence *GAT* encourage les manœuvres dilatoires, puisque le défendeur à l'action en contrefaçon n'a qu'à soulever l'exception de nullité du brevet pour échapper à la compétence

[533] Conc. de l'avocat général M. L. A. GEELHOED présentées le 16 septembre 2004, point 47.
[534] Nous étudierons ultérieurement la question de l'effet réflexe des compétences exclusives de l'article 24 RBI *bis*, v. *infra*, n° 378 et s..
[535] M. WILDERSPIN, *op. cit.*.

du juge saisi et prolonger la procédure. C'est pour cette raison que certains auteurs ont qualifié ce moyen de défense de *« super torpedo »*[536].

L'arrêt *GAT* semble, en outre, conforter les stratégies dilatoires, qui peuvent être menées par le requérant dans le cadre d'une action en déclaration de non-contrefaçon. Si une telle action est intentée par un concurrent du breveté devant la juridiction d'un État membre, aucune autre juridiction ne peut statuer sur une action en contrefaçon du même brevet, en vertu de la règle de litispendance (art. 29 RBI *bis*) ; il faut attendre la décision du tribunal saisi en premier lieu. Selon la jurisprudence de la CJUE[537], l'action en constatation de non-contrefaçon et l'action en contrefaçon ont le même objet et la même cause et lorsqu'elles sont formées entre les mêmes parties et introduites devant des tribunaux différents des États membres, la juridiction saisie en second doit surseoir à statuer, puis se dessaisir en faveur du tribunal premier saisi lorsque la compétence de celui-ci est établie.

Ainsi, le demandeur de mauvaise foi, qui a pour objectif de bloquer l'action en contrefaçon et prolonger la procédure, a intérêt de saisir une juridiction autre que celle de l'État qui a délivré le titre, et soulever au cours de l'instance le problème de la validité du brevet litigieux, qui devra être réglé par le tribunal de l'État de l'enregistrement du titre. Il est évident que la scission du contentieux risque de promouvoir les manœuvres dilatoires de la partie qui souhaite prolonger la procédure et torpiller une éventuelle action en contrefaçon par le titulaire du brevet. Par ailleurs, si la validité de plusieurs titres enregistrés dans différents États membres est en cause, la complication de la procédure devient très importante.

c. Le morcellement inéluctable du contentieux : un risque renforcé par la jurisprudence *Roche*

280. ***Le refus de mettre en place des mécanismes de concentration des litiges en matière de contrefaçon***. Dans ces circonstances, il semble que si le demandeur dans une action en contrefaçon d'un brevet, souhaite éviter le risque du morcellement du litige – au cas où le

[536] Rapport de Burkhard HESS, Thomas PFEIFFER et Peter SCHLOSSER sur l'application du règlement « Bruxelles I » présenté en septembre 2007 à la demande de la Commission, n° 818.
[537] Il ressort de la jurisprudence de la CJUE qu'une action tendant à faire juger qu'une partie est responsable d'un préjudice a « le même objet et la même cause », qu'une action tendant à juger qu'elle n'est pas responsable du même préjudice, CJCE 6 déc. 1994, aff. C-406/92, *Ship Tatry c/ Ship Maciej Rataj*, Rec. I-5439 ; *JDI* 1995. 469, obs. HUET.

prétendu contrefacteur conteste la validité du titre – il sera amené à intenter son action dans l'État d'enregistrement du titre. Cependant, si la contrefaçon de plusieurs titres est en cause, cette solution conduit à une multiplication des fors, laquelle paraît inéluctable si nous prenons en compte l'arrêt *Roche*[538], dans lequel la Cour de justice a refusé la mise en place des mécanismes de concentration des litiges en matière de contrefaçon.

En effet, la Cour de justice a refusé l'application de l'article 6 §1 RBI (aujourd'hui article 8 §1 RBI *bis*) à une hypothèse de contrefaçon d'un brevet européen menée dans différents États membres par des sociétés d'un même groupe établies dans ces États – le brevet européen était délivré dans chacun de ces pays et comme nous l'avons déjà précisé, un tel brevet éclate en un faisceau de titres nationaux. L'article 8 §1 permet au demandeur, s'il y a plusieurs défendeurs, de saisir le tribunal du lieu du domicile de l'un des codéfendeurs, à condition qu'un lien de connexité puisse être démontré entre les différentes demandes. Le recours à cet article permettrait, alors, au titulaire du brevet d'intenter son action en contrefaçon devant la juridiction du lieu du domicile de l'un des défendeurs[539], au lieu de diviser ses recours.

Pourtant, la Cour a préféré retenir une interprétation restrictive de l'article 8 §1, ce qui conduit inéluctablement à l'éparpillement du contentieux. La Cour a considéré que dans l'hypothèse visée, le lien de connexité fait défaut, dans la mesure où il n'y a pas une identité de situation de fait et de droit conduisant à un risque de décisions inconciliables – chaque situation repose sur un acte de contrefaçon mis en œuvre par un contrefacteur distinct dans un pays distinct et chaque situation est soumise à une loi distincte, étant donné que la contrefaçon porte

[538] CJUE 13 juillet 2006, C-539/03, *Roche Nederland c. Primus et Goldberg*, *op. cit.*. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, n° 35 ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, obs. M. WILDERSPIN ; *RTD eur*. 2007, p. 679, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; *D.* 2007, p. 336, obs. J. RAYNARD.

[539] Le juge saisi sur le fondement de l'article 8 §1 doit bénéficier d'une compétence lui permettant de statuer sur l'ensemble des actes de contrefaçon commis par les défendeurs sur le territoire de l'Union européenne, à l'instar de la compétence du juge saisi sur le fondement de l'article 4 RBI *bis*. La Cour de cassation s'était prononcée en faveur de cette compétence étendue (Civ. 1re, 6 mai 2003, n° 01-01.774, *RTD com*. 2004. 281, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Gaz. Pal*. 16-18 nov. 2003. 22, note M.-L. NIBOYET), mais un arrêt rendu le 22 mars 2012 a jeté le doute sur ce point, estimant que la compétence du juge français fondée sur l'article 8 §1 se limite aux faits survenus sur le territoire national (Civ. 1re, 22 mars 2012, n° 11-12.964, *D.* 2013. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2012. 911, note O. BOSKOVIC). L'abandon de cette dernière interprétation est souhaitable, dans la mesure où elle prive l'article 8 §1 de l'essentiel de son intérêt. Comme le précise H. Gaudemet-Tallon, *« il est curieux de proclamer la compétence d'un juge français à l'égard d'un codéfendeur étranger pour ensuite lui dénier compétence pour connaître du préjudice subi à l'étranger »* (H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 2018, n° 248. Dans le même sens O. BOSKOVIC, note préc. sous Civ. 1re, 22 mars 2012 ; T. AZZI, « La pluralité de défendeurs dans le contentieux international de la contrefaçon : interprétation de l'article 6-1° du règlement Bruxelles I », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 305 ; A.- C. CHIARINY, « Un point sur l'application de l'article 8-1 du règlement Bruxelles I *bis* aux contentieux en contrefaçon plurilocalisés (10 ans après l'affaire *Roche*) à la veille de l'accord sur la Juridiction unifiée des brevets », *Rev. crit. DIP 2017*, p. 357).

sur un brevet européen qui est régi par la loi nationale de chacun des États membres pour lesquels il a été délivré.

281. ***L'évolution de la jurisprudence en matière de contrefaçon plurilocalisée commise par un groupe des sociétés établies au sein de l'Union européenne***. Il faut, toutefois, souligner qu'il y a eu des évolutions jurisprudentielles en la matière, qui semblent remettre en cause la solution retenue dans l'arrêt *Roche* en retenant une appréciation plus souple de l'exigence de connexité et permettant la jonction des actions sur le fondement de l'article 8 §1 même lorsque sont en jeu des titres parallèles.

282. ***L'interprétation souple de l'identité de situation de fait et de droit dans le but de centraliser le contentieux***. La jurisprudence[540] tant européenne que nationale reconnaît, en effet, l'existence d'une identité de situation de fait, lorsque la contrefaçon résulte de l'action concertée de sociétés appartenant au même groupe, malgré l'indépendance territoriale des agissements allégués[541]. Quant au critère de l'identité de situation de droit, lui aussi fait l'objet d'une interprétation plus souple. La Cour de justice a admis que l'identité de situation de droit ne se résume pas à une identité de fondements juridiques ; le fait que plusieurs lois nationales sont applicables au fond ne fait pas obstacle au jeu de l'article 8 §1, car l'identité des fondements juridiques des actions introduites n'est qu'un facteur parmi d'autres, mais non une condition indispensable de l'application de cette disposition[542].

---

[540] La Cour de justice dans l'arrêt *Painer* a jugé, dans des circonstances assez comparables que celles de l'affaire *Roche*, mais à propos d'une atteinte au droit d'auteur, que les faits commis par les défendeurs étaient *« matériellement identiques »* d'un pays à l'autre (CJUE 1er déc. 2011, aff. C-145/10, *Painer, Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, n° 36 ; *D*. 2012. 471, obs. J. DALEAU, note N. MARTIAL-BRAZ ; *ibid*. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE). Elle a, aussi estimé, dans l'affaire *Nintendo*, que la condition tenant à l'existence d'une même situation de fait doit être considérée comme remplie dès lors que les codéfendeurs sont des sociétés appartenant à un même groupe qui ont agi de manière identique ou similaire, conformément à une politique commune élaborée par l'une d'entre elles (CJUE, 27 sept. 2017, aff. C-24/16 et C-25/16, *Nintendo c/ BigBen*, *D.* 2018, p. 972, obs. S. CLAVEL, p. 978, obs. F. JAULT-SESEKE, p. 1574, obs. J.-C. GALLOUX et P. KAMINA, et p. 1940, obs. L. D'AVOUT ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 835, note T. AZZI ; *RTD eur*. 2018, p. 851, obs. E. TREPPOZ). La jurisprudence française retient également la même solution, qui consiste à reconnaître l'existence d'une même situation de fait lorsque plusieurs sociétés du même groupe sont impliquées dans la contrefaçon (à propos de l'hypothèse d'actes de contrefaçon de droit d'auteur, v. Com. 26 févr. 2013, n° 11-27.139, *Soc. H&M AB et H&M* c/ *Soc. Emilio Pucci*, *D*. 2013. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2013. 922, note T. AZZI ; *RTD com.* 2013. 295, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; à propos de l'hypothèse d'actes de contrefaçon portant sur un titre unitaire – un modèle communautaire, v. Com. 5 avr. 2016, n° 13-22.491, *D.* 2016. 846 ; *ibid*. 2025, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *ibid*. 2017. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *Dalloz IP/IT* 2016. 305, obs. T. AZZI).

[541] Les faits reprochés (actes de contrefaçon) sont accomplis sur des territoires distincts par des sociétés indépendantes juridiquement et de différentes nationalités.

[542] V. point 80 de l'arrêt *Painer*, *op. cit*.. Dans l'affaire *Painer*, plusieurs lois nationales étaient applicables, puisque les atteintes au droit d'auteur allégués avaient été commises par différents éditeurs de presse en Autriche et en Allemagne. Le point 80 de l'arrêt *Painer* reprend le point 40 de l'arrêt *Freeport* de la Cour européenne portant sur

Par ailleurs, même si les parties nationales d'un brevet européen sont soumises à une loi nationale distincte, ces lois diffèrent peu d'un État membre à l'autre, compte tenu de l'harmonisation matérielle et du rapprochement assez poussé des législations nationales, grâce à la Convention sur le brevet européen[543]. La jurisprudence française a également admis la possibilité de mettre en œuvre l'article 8 §1 alors que les demandes formées contre les codéfendeurs sont soumises à des lois différentes[544].

Comme le relève A. – C. Chiariny, *« l'identité de situation de droit peut être recherchée dans l'identité de préjudice subi par le demandeur, du fait d'une action concertée des codéfendeurs, bien que les fondements des actions puissent être différents »*[545]. Autrement dit, il est vrai que les actions formées contre les codéfendeurs, dans le cadre d'une contrefaçon plurilocalisée d'un brevet européen, sont régies par des lois différentes, dans la mesure où, une fois délivré, le brevet européen se scinde en un faisceau de brevets nationaux.

---

une action fondée sur une obligation de paiement (CJUE 11 oct. 2007, aff. C-98/06, *Freeport plc* c/ *Olie Arnoldsson*, *RTD com*. 2008. 451, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *RJ com*. 2007. 442, obs. A. RAYNOUARD ; *Europe* 2007. Comm. 364, obs. L. IDOT). La Cour de justice a confirmé cette position dans des arrêts postérieurs (CJUE 11 avr. 2013, aff. C-645/11, *Land Berlin* c/ *Sapir*, *D.* 2014. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2014. 110, note M. LAAZOUZI ; CJUE 21 mai 2015, aff. C-352/13, *Cartel Damage Claims CDC* c/ *Hydrogen Peroxide SA*, *D.* 2015. 2031, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *ibid*. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE). Il est intéressant de remarquer que, dans l'arrêt *Painer*, l'identité juridique a été reconnue en droit d'auteur où le processus d'harmonisation européen n'est pas aussi poussé qu'en matière de brevet.

[543] En matière de brevet européen, les lois nationales sont substantiellement identiques, puisqu'elles proviennent d'un même texte, la Convention de brevet européen du 5 octobre 1973 révisée en 2000. En ce sens, CLIP (*European Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property), Principes of Conflict of Laws in Intellectual Property* : Final Texte, 1er décembre 2011, art. 2:206 §2 b) : *« A risk of incompatible judgments requires a risk of divergence in the outcome of the actions against the different defendants which arises in the context of essentially the same situation of law and fact. In particular in infringement disputes and subject to the individual circumstances of the case, disputes may involve essentially the same legal situation even if different national laws are applicable to the claims against the different defendants, provided that the relevant national laws are harmonised to a significant degree by rules of a regional economic integration organisation or by international conventions which are applicable to the disputes in question »*. Ce document peut être consulté à l'adresse https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Final_Text_1_December_2011.pdf. Dans l'hypothèse d'une contrefaçon plurilocalisée d'un titre unitaire, il ne s'agit pas d'appliquer plusieurs lois nationales, grâce à l'harmonisation matérielle – l'identité de situation de droit est alors incontestable (v. CJUE, 27 sept. 2017 *Nintendo c/ BigBen*, *op. cit*. à propos de dessins et modèles communautaires ; Com. 5 avr. 2016, *op. cit*.).

[544] Concernant des actions en responsabilité dirigées contre une banque et une société financière : Civ. 1re, 26 sept. 2012, n° 11-26.022, *D.* 2013. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE ; *ibid*. 2293, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2013. 256, note D. BUREAU ; v. aussi Com. 26 févr. 2013 *op. cit*., qui, à propos des actions en contrefaçon de droit d'auteur et en concurrence déloyale, admet l'application de l'article 8 §1 en l'absence d'harmonisation du droit d'auteur et de la concurrence déloyale au sein de l'Union européenne. Ainsi que le remarque M.-E. Ancel *« la diversité de fondements et de lois applicables ne paraît pas pouvoir exclure, d'emblée, tout lien de connexité »*, M.-E. ANCEL, « De la connexité, condition de la compétence en cas de pluralité de défendeurs », *Rev. crit. DIP* 2007. 618.

[545] A. – C. CHIARINY « Un point sur l'application de l'article 8-1 RBI bis aux contentieux en contrefaçon plurilocalisés à la veille de l'accord sur la JUB », *Rev. crit. DIP* 2017, p. 357.

Toutes les actions visent, pourtant, à réparer le même préjudice, à savoir l'atteinte à l'invention – le brevet européen consiste, certes, en un portefeuille de titres nationaux, mais ces derniers protègent une seule et même invention. Par ailleurs, rien ne s'oppose à ce que le juge compétent sur le fondement de l'article 8 §1 applique des lois différentes afin d'apprécier les actes de chacun des codéfendeurs, qui ont concouru de manière concertée à la contrefaçon et à la réalisation du même préjudice[546].

Cette évolution de la jurisprudence démontre une volonté de limiter la fragmentation du contentieux en matière de contrefaçon et renforcer l'efficacité procédurale au détriment de la territorialité de la compétence, qui caractérise traditionnellement les droits de propriété intellectuelle.

283. ***L'existence des remèdes pour l'éventuel risque de forum shopping***. Il est, pourtant, vrai que l'admission du lien de connexité, afin de centraliser le contentieux, dans l'hypothèse de contrefaçon plurilocalisée commise par un groupe de sociétés établies au sein de l'Union européenne, est susceptible d'engendrer un risque de *forum shopping*[547]. En effet, l'article 8 §1 ne mentionne pas un critère permettant d'établir une hiérarchie entre les différents fors des domiciles de chacun des codéfendeurs.

Il existe, toutefois, plusieurs théories[548], qui peuvent limiter le choix du demandeur et écarter le risque de *forum shopping*. Par exemple, selon la théorie dite de « l'araignée au centre de la

[546] Il convient de rappeler que le juge saisi sur le fondement de l'article 4 RBI *bis* bénéficie d'une compétence générale lui permettant de statuer sur l'ensemble des actes commis sur le territoire de l'Union européenne. Il est, ainsi, amené à appliquer plusieurs lois lorsqu'il doit apprécier les actes de contrefaçon commis par un contrefacteur à l'encontre de différentes parties nationales d'un même brevet européen.

[547] En ce sens, v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Puf, coll. « Thémis », 4e éd., 2017, n° 215 ; H. MUIR WATT, in U. Magnus and P. Mankowski (dir.), *Brussels I bis Regulation, european Commentaries on Private International Law*, Otto Schmidt, 2016, spéc. n° 5 p. 374-375, nos 9 à 13, p. 376-379 et n° 24, p. 383.

[548] V. sur ce point, A.- C. CHIARINY « Un point sur l'application de l'article 8-1 RBI bis aux contentieux en contrefaçon plurilocalisés à la veille de l'accord sur la JUB », *op. cit.*. L'auteure évoque différentes théories qui peuvent être proposées afin de limiter le nombre de juges compétents au titre de l'article 8 §1. Par exemple, l'appréciation plus souple préconisée par la Cour de cassation dans l'affaire *Kalenborn Karlprotect* selon laquelle il suffit que le défendeur ne soit pas fictif et que le lien de connexité soit bien réel, pourrait être retenu (Civ. 1re, 8 janv. 2002, n° 00-12.993, Bull. civ. I, n° 2, p. 1 ; *Rev. crit. DIP* 2003. 126, 1re esp., note H. GAUDEMET-TALLON). Certains auteurs préconisent qu'une vérification d'une absence de « détournement du for » doit être effectuée (en ce sens, H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe, op.cit.*, n° 248, p. 326 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, LGDJ*, 8e éd. 2018, n° 215 ; v. également Conclusions de l'avocat général MENGOZZI dans l'affaire. *Freeport* présentées le 24 mai 2007, § 47 et s.). Un auteur propose également le recours à la notion allemande d'*Inlandsbeziehung*, devant être entendu, selon celui-ci, comme *« les liens suffisants avec l'ordre juridique »* d'un État, pour requalifier notamment ce for de compétence dérivé (N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit*

toile »[549] développée par les juridictions néerlandaises, ces dernières sont compétentes pour connaître de l'intégralité du litige, si la société qui coordonne les actes de contrefaçon commis par les filiales, est établie aux Pays-Bas. Il est possible d'adopter cette théorie et admettre que « *lorsqu'il apparaît que les défendeurs sont des sociétés appartenant à un même groupe, et que les faits qui leur sont reprochés sont le fruit d'une action concertée résultant d'une politique commune, on pourrait exiger du demandeur, s'il souhaite assigner l'ensemble des défendeurs devant le même tribunal, qu'il s'en remette au juge du lieu où est établie la société-mère* »[550].

Contrairement à l'interprétation large de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle retenue dans l'affaire *GAT*, la Cour européenne a ensuite opté pour une interprétation restrictive de la compétence exclusive en matière de sociétés, lorsque la question de la validité d'une société ou d'une décision prise par ses organes est soulevée à titre incident dans le cadre d'un litige contractuel.

II. L'interprétation stricte de la compétence exclusive en matière de sociétés

284. Nous allons examiner, dans un premier temps, la solution retenue dans l'affaire *BVG* (A) et dans un second temps, nous expliquerons que la dualité d'analyse entre les articles 24 §2 et 24 §4 n'est pas justifiée (B).

A. La solution différente retenue par la Cour de justice en matière de sociétés

285. ***La question similaire posée dans le cadre de l'affaire BVG***. La Cour de justice, dans son arrêt *BVG*[551], a été appelée à se prononcer sur une question analogue à celle posée dans l'arrêt *GAT*, mais cette fois à propos de la compétence exclusive en matière de sociétés. Nous avons étudié cette jurisprudence auparavant[552] lorsque nous avons présenté les spécificités

international privé, préf. P. Lagarde, Centre de recherche sur le droit du marché et des investissements internationaux (CREDIMI), Litec, 2007, vol. 29, spéc. n° 2, 503 et 574). Dans le même sens, CLIP Principles, *op. cit*., art. 2:206 §3.

[549] P. VÉRON, « L'araignée au centre de la toile » (note sous CA La Haye, 23 avril 1998), *RD propr. intell*. 1999, n° 95, p. 37 ; A.- C. CHIARINI-DAUDET, *Le règlement judiciaire et arbitral des contentieux internationaux sur brevets d'invention*, préf. J. Raynard, Litec, 2006, n° 408 s.

[550] T. AZZI, « Connexité entre contrefaçon et concurrence déloyale », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 922.

[551] CJUE 12 mai 2011, *Berliner Verkhersbetriebe (BVG) c/ JP Morgan Chase Bank NA*, aff. C-144/10, *D*. 2011, panor. 2436, obs. S. BOLLÉE ; *D.* 2012, panor. 1228, obs. F. JAULT-SESEKE.

[552] V. *supra*, n° 116 et s..

propres à chacune des règles de compétence exclusive. Il convient, alors, ici de rappeler brièvement les principaux éléments de cette affaire.

Dans l'arrêt *BVG*, la Cour a dû à statuer sur la question de savoir si la compétence exclusive en matière de sociétés (article 22 § 2 RBI, aujourd'hui article 24 §2 RBI *bis*) s'applique à un litige contractuel entre deux sociétés, dans le cadre duquel la société défenderesse se prévaut de l'inopposabilité du contrat à son égard, en raison de la prétendue nullité d'une décision de ses organes ayant conduit à la conclusion du contrat[553]. Comme dans l'affaire *GAT*, la Cour de justice devait s'interroger sur le point de savoir si la règle de compétence exclusive devait s'appliquer lorsque la question couverte par cette règle est posée à titre incident dans le cadre d'un litige dont l'objet principal échappe à la compétence exclusive.

À la différence de la solution retenue dans l'arrêt *GAT*, la Cour répond à cette question par la négative. Après avoir relevé une certaine divergence entre les différentes versions linguistiques de l'article 22 §2, elle a considéré que ce dernier doit être interprété strictement.

286. ***Les différentes versions linguistiques du texte***. En effet, selon certaines versions – notamment les versions française, italienne et espagnole du règlement – la compétence exclusive est établie *« en matière de »* validité d'une société ou des décisions prises par ses organes. En revanche, d'autres versions prévoient une telle compétence dès lors qu'un litige a pour *« objet »* une telle question – c'est notamment le cas de la version anglaise, selon laquelle la compétence exclusive doit jouer *« in proceedings which have as their object »* la validité d'une société ou des délibérations adoptées par ses organes.

287. ***La nécessité d'interpréter la règle de manière stricte***. Pour la Cour, la seconde de ces formulations vise les litiges dans lesquels la question est posée à titre principal (point 27 de l'arrêt *BVG*) alors que la première demeure plus ambiguë. En se fondant sur l'économie et la finalité du texte, elle s'est prononcée en faveur de la version anglaise et souligne la nécessité d'une interprétation restrictive de l'article 24 §2, qui a été déjà énoncée dans un arrêt précédent[554] (points 28-31 de l'arrêt *BVG*). L'article 24 §2 vise uniquement les litiges dont

[553] En l'espèce, la société alléguait la nullité du contrat car, selon elle, il a été conclu au-delà de l'objet social tel que fixé dans les statuts et elle invoquait, ainsi, la nullité de la décision prise par les organes de la société ayant conduit à la conclusion du contrat.
[554] CJCE 2 oct. 2008, *Nicole Hassett contre South Eastern Health Board et Cheryl Doherty contre North Western Health Board*, aff. C-372/07, *Rev. crit. DIP* 2009. 71, note B. ANCEL, *Europe* 2008, comm. 432, obs. L. IDOT.

l'objet principal est constitué par la validité des sociétés ou des décisions de leurs organes (point 44 de l'arrêt *BVG*).

288. ***Le besoin de protéger l'objectif de prévisibilité et écarter le risque des manœuvres dilatoires.*** Ainsi, la règle de compétence exclusive en matière de sociétés ne s'applique pas à un litige de nature contractuelle dans le cadre duquel la question de la validité de la décision ayant conduit à la conclusion du contrat litigieux est posée à titre incident. La Cour de justice justifie sa position en invoquant aussi l'objectif de prévisibilité. Une interprétation large de la règle irait à l'encontre de cet objectif, dans la mesure où la compétence du juge saisi varierait *« au gré de l'existence d'une question liminaire susceptible d'être soulevée à tout moment par l'une des parties, au motif que la nature du litige en serait modifiée »* (point 35 de l'arrêt *BVG*).

Par ailleurs, une telle interprétation aurait multiplié l'invocation à titre dilatoire des questions incidentes couvertes par l'article 22 §2, dans le contexte d'un litige contractuel, afin de remettre en cause la compétence du juge saisi (point 34 de l'arrêt *BVG*). Comme l'a justement souligné E. Treppoz, *« la compétence pour être prévisible dépend de la question posée à titre principal. Lorsque le contentieux est contractuel, il le demeure malgré l'existence d'une question incidente portant sur la validité d'une décision d'un organe de la société »*[555].

289. ***La justification de la solution par l'objectif de proximité.*** La Cour justifie, enfin, sa décision en invoquant également l'objectif de proximité. Les juridictions du siège de la société sont les mieux placées pour connaître des litiges, qui ont pour objet principal, l'existence des sociétés ou la validité des délibérations de ses organes (point 37 de l'arrêt *BVG*). Si une telle question est soulevée à titre incident, dans le cadre d'un litige de nature contractuelle, elle doit être considérée comme accessoire et elle n'est pas le seul, ni même le principal objet du litige (point 38 de l'arrêt *BVG*). Il est permis, alors, d'en déduire que cette question incidente peut relever de la compétence du juge saisi. La compétence ordinaire du juge saisi ne doit pas être paralysée par la mise en jeu incidente des questions portant sur l'existence de la société ou la validité des décisions de ses organes[556].

---

[555] E. TREPPOZ, « Conflit de juridictions : validité d'une décision des organes sociaux », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 922.

[556] Selon L. USUNIER, la portée de l'arrêt *BVG* n'est pas claire, car *« la question posée n'est pas de savoir si un autre juge que celui de l'article 24 §2 peut statuer à titre incident sur une question couverte par cet article, mais celle de savoir si le juge désigné par l'article 24 §2 doit être considéré comme exclusivement compétent pour statuer sur un litige dont l'objet principal échappe a priori de sa compétence, au motif qu'est soulevée à titre incident une difficulté relevant de sa compétence exclusive »*. Pourtant, comme nous l'avons mentionné, les points

Il convient de rappeler que la jurisprudence européenne a été suivie par la première chambre civile de la Cour de cassation en matière de fictivité de société. Lorsque la fictivité d'une société de droit étranger est invoquée à titre incident dans le cadre d'un litige dont l'objet principal ne consiste pas à faire prononcer la nullité de la société, la compétence du juge français n'est pas exclue. En d'autres termes, le juge français peut apprécier la fictivité de la société étrangère, dans la mesure où cette question est soulevée en tant que simple moyen dans le cadre d'un litige dont l'objet principal est tout autre. La fictivité de la société doit être appréciée exclusivement par les juridictions de l'État membre du siège social au sens de l'article 24 §2 RBI *bis* que lorsqu'elle constitue l'objet principal du litige[557].

B. Une dualité d'analyse injustifiée

290. ***La préservation contestable de la jurisprudence GAT***. Il est important de noter que la Cour de justice indique dans son arrêt *BVG* qu'elle n'opère pas un revirement par rapport à sa jurisprudence *GAT*, mais qu'elle retient une solution contraire en raison des différences que présentent les compétences exclusives en cause dans chacune de ces affaires. Elle souligne que la solution retenue dans l'arrêt *BVG* n'est pas contredite par l'arrêt *GAT,* dans lequel la Cour a jugé que l'article 22 §4 RBI – attribuant une compétence exclusive aux juridictions de l'État dans lequel le brevet a été enregistré – s'applique à tout litige dans lequel la validité d'un brevet est remise en cause, que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception.

La jurisprudence *GAT « n'est pas transposable aux litiges dans lesquels une question concernant la validité d'une décision des organes d'une société est soulevée. La validité du*

37 et 38 de l'arrêt laissent entendre que la question incidente relevant de l'article 24 §2 peut être tranchée par le juge saisi et dans le point 44 la Cour dit clairement que l'article 24 §2 *« vise uniquement les litiges dont l'objet principal est constitué par la validité, la nullité ou la dissolution des sociétés ou personnes morales ou par la validité des décisions de leurs organes »*.

[557] V. *supra*, n° 127. Civ 1re, 9 septembre 2015, n° 14-12. 658, *Petrona Tower*, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 537, note L. D'AVOUT, *D.* 2016, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; Civ. 1re, 4 mai 2017, n° 16-12.853, *Société Euroinvest intermed c/ société Compagnie européen de gestion immobilière et services*, *D.* 2017, p. 2061, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *Bull. Joly Sociétés* 2017, p. 539, note M. MENJUCQ ; Civ 1re 11 avril 2018 aff. 16-24653, *D.* 2018, p. 1938 bs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE *BJS* juin 2018, p. 330, note Th. MASTRULLO. Dans son dernier arrêt du 11 avril 2018, la Cour de cassation apparaît moins assurée qu'auparavant, étant donné qu'elle affirme que *« la cour d'appel (...) a exactement déduit que la juridiction française était compétente pour se prononcer sur la qualité de propriétaire de la société suisse, ce qui n'impliquait pas nécessairement l'appréciation de la fictivité de celle-ci »*. Cette motivation semble contestable, dans la mesure où la Cour de cassation a approuvé la décision de la cour d'appel, selon laquelle il incombait au juge français d'examiner les moyens développés par les parties relevant ou non de la compétence exclusive d'autres juridictions, ce qui impliquait d'apprécier la fictivité de la société, invoquée par la partie au différend en tant que moyen au soutien de sa prétention (en l'espèce la fictivité d'une société étrangère a été soulevée afin de démontrer que le bien immobilier, dont il était question, n'appartenait pas à la société mais à l'État d'Iraq).

brevet concerné étant une prémisse indispensable, notamment dans le cadre de toute action en contrefaçon, c'est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'une compétence exclusive pour connaître de tout litige dans lequel cette validité est contestée est reconnue aux juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement de ce brevet a été demandé ou a été effectué, celles-ci étant les mieux placées pour en connaître (..) tel n'est pas le cas des juridictions du siège d'une société, partie à un litige contractuel, laquelle se prévaut d'une prétendue invalidité de la décision de contracter prise par ses propres organes » (point 46 de l'arrêt *BVG*).

Toutefois, cette divergence des solutions adoptées par la Cour de justice laisse planer un doute sur la portée exacte des compétences exclusives de l'article 24 RBI *bis*[558], lorsque le litige ne porte qu'à titre incident sur une question relevant de cette disposition, et ne semble pas justifiée. Il convient tout d'abord de rappeler que dans les deux affaires, le même problème est posé, c'est-à-dire la question relevant de la compétence exclusive est invoquée à titre incident dans le cadre d'un contentieux contractuel.

291. ***Le bien-fondé de l'approche retenue dans l'affaire BVG***. Les arguments soulevés par la Cour dans son arrêt *BVG* justifiant une interprétation stricte de l'article 24 §2 RBI *bis* ne sont pas spécifiques et concernent aussi la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle (article 24 §4 RBI *bis*). En effet, la divergence linguistique entre les différentes versions du texte se rencontre également au paragraphe 4 de l'article 24[559]. La prise en compte de la version linguistique la plus restrictive ne doit pas, alors, se limiter au paragraphe 2 de l'article, puisque la nécessité d'une interprétation stricte de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle a été déjà soulignée dans la jurisprudence de la Cour[560]. Ainsi que le relève E. Treppoz, *« il semble quelque peu acrobatique de privilégier une version linguistique*

[558] La contrariété entre les solutions retenues dans les arrêts *GAT* et *BVG* en matière de propriété intellectuelle (article 24 §4) et en matière de sociétés (article 24 §2) laisse planer des interrogations sur la portée des autres compétences exclusives prévues par l'article 24 dans ses paragraphes 1, 3 et 5.

[559] Selon la version anglaise de l'article 24 §4 RBI *bis*, la compétence exclusive joue *« in proceedings concerned with »* la validité des titres de propriété intellectuelle ; il s'agit d'une formulation qui semble plus étendue que celle employée dans les autres paragraphes de l'article, qui citent les *« proceedings which have as their object »*. En revanche, selon d'autres versions de l'article 24 §4, la compétence exclusive est établie *« en matière de »* validité des titres de propriété intellectuelle, c'est notamment le cas des versions française, italienne et espagnole. Certaines versions linguistiques prévoient, enfin, la compétence exclusive lorsque le litige a pour *« objet »* une telle question, c'est le cas de la version grecque.

[560] V. CJCE 15 nov. 1983, *Duijnstee*, aff. 288/82, *op. cit*., et plus récemment, CJUE 5 octobre 2017 *Hanssen Beleggingen*, aff. C-341/16, *op. cit*..

afin de prôner une interprétation restrictive du paragraphe 2, interprétation qui ne s'imposerait pourtant pas au paragraphe 4 alors que les termes sont rigoureusement identiques »[561].

En outre, le risque d'imprévisibilité, invoqué par la Cour dans l'affaire *BVG,* si une interprétation large de l'article 24 §2 était retenue, n'a pas vocation à être limité à la matière de sociétés. Le même risque existe aussi si on retient une interprétation large de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle, c'est-à-dire si on admet que la compétence exclusive doit jouer lorsque l'une des parties soulève à titre incident la nullité du titre, dans le cadre d'une action en contrefaçon. Ainsi que nous l'avons précisé auparavant, cette solution encourage les manœuvres dilatoires des prétendus contrefacteurs[562].

Enfin, l'approche distincte de la proximité ne convainc pas. D'un côté, la Cour estime qu'en matière de validité des sociétés, le juge du siège est le mieux placé pour connaître des litiges, dont l'objet principal porte sur l'existence des sociétés ou la validité des délibérations de ses organes. D'un autre côté, en matière de propriété intellectuelle, le juge du titre est le mieux placé pour connaître de la validité du titre même si elle est invoquée à titre incident[563].

Selon la Cour, si le juge du titre est le plus approprié même lorsque la validité est soulevée en cours d'instance, c'est parce que cette question est en effet *« une prémisse indispensable, notamment dans le cadre d'une action en contrefaçon »* (point 46 de l'arrêt *BVG*). En revanche, la question concernant la validité d'une décision prise par les organes d'une société doit être considérée comme accessoire, si elle est posée dans le cadre d'un litige contractuel[564]. Cette analyse n'est, cependant, pas justifiée. Il s'agit d'un argument réversible, dans la mesure où la question de validité d'une décision de contracter prise par les organes d'une société constitue aussi la prémisse indispensable de l'action en exécution du contrat[565].

On s'aperçoit alors que rien ne justifie le fait que dans son arrêt *BVG*, la Cour s'est prononcée en faveur d'une interprétation restrictive de l'article 24 §2, tout en préservant l'interprétation large de l'article 24 §4 adoptée précédemment dans l'arrêt *GAT*. Les arguments invoqués dans l'affaire *BVG* paraissent valables pour l'ensemble de matières couvertes par l'article 24.

---

[561] E. TREPPOZ, *op. cit.*
[562] V. *supra*, n° 279 et s..
[563] V. CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LuK, op. cit.,* et point 46 de l'arrêt *BVG*.
[564] V. point 38 de l'arrêt *BVG*.
[565] Dans le même sens, E. TREPPOZ, *op. cit.*

292. ***L'arrêt Solvay : le refus d'étendre l'exclusivité au stade du provisoire***. Dans cette perspective, il convient de remarquer que la Cour de justice semble confirmer la tendance amorcée dans l'arrêt *BVG* à une interprétation stricte de la portée des compétences exclusives. Elle a refusé, dans son arrêt *Solvay*[566], d'étendre l'exclusivité du juge du brevet au stade du provisoire. Cet assouplissement de l'exclusivité est lié aux critiques des solutions *GAT* et *Roche* de la Cour de justice et *« à la volonté de renforcer l'efficacité internationale des droits de propriété intellectuelle au-delà de leur traditionnelle territorialité »*[567]. En l'espèce, une société belge, titulaire d'un brevet européen, a saisi le juge néerlandais d'une action en contrefaçon de son brevet à l'encontre de trois sociétés néerlandaise et belges appartenant au même groupe. Le brevet faisait l'objet d'une même contrefaçon dans une dizaine de pays européens.

Face à cette situation, la société victime a sollicité l'octroi d'une mesure provisoire d'interdiction de contrefaçon transfrontière sur le fondement de l'article 31 RBI et elle a demandé la consolidation de ses actions en se fondant sur l'article 6 §1 RBI relatif au traitement des situations impliquant une pluralité de défendeurs (aujourd'hui article 8 §1 RBI *bis*). Les sociétés défenderesses cherchaient à résister à la demande de mesure provisoire et torpiller la consolidation en invoquant à titre incident la nullité du brevet, imposant ainsi une reterritorialisation du contentieux.

La Cour de justice a été, ainsi, amenée à se prononcer sur la question de savoir si l'article 6 §1 RBI devait s'appliquer en l'espèce, alors qu'elle avait refusé sa mise en place en matière de contrefaçon dans son arrêt *Roche*. La Cour devait aussi statuer sur la question de savoir si la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle s'opposait au prononcé d'une mesure provisoire par le juge de la contrefaçon, lorsque la nullité du brevet a été soulevée à titre incident – comme moyen de défense contre l'adoption de cette mesure – dans le cadre de l'action en contrefaçon.

293. Il est regrettable que la Cour n'ait pas saisi l'occasion pour abandonner ses jurisprudences *Roche* et *GAT* mais elle a préféré de limiter leur portée. Concernant l'arrêt *Roche*

[566] CJUE, 12 juill. 2012, *Solvay c/ Honeywell*, aff. C-616/10, *Europe* 2012, comm. 413, note L. IDOT ; *Procédures* 2012, comm. 281, note C. NOURISSAT ; *RTDE* 2012, p. 957, obs. E. TREPPOZ.
[567] E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, p. 40. V. aussi les conclusions de l'avocat général Curz Villalon sur l'arrêt *Solvay*, *op. cit.*.

– malgré ses défauts importants exposés auparavant[568] – elle a considéré qu'il n'était pas applicable en l'espèce en raison de différences factuelles. Dans l'arrêt *Solvay*, les mêmes actes de contrefaçon ont été menés par des sociétés belges et néerlandaises dans d'autres pays européens et différentes parties nationales d'un brevet européen étaient en cause. En revanche, dans l'arrêt *Roche*, la contrefaçon était accomplie dans les pays européens où les sociétés défenderesses étaient établies et le brevet européen en cause était enregistré dans ces États.

Dans ce contexte, la Cour avait estimé qu'il n'existait pas un risque de décisions inconciliables, justifiant la concentration des litiges au sens de l'article 6 §1 RBI, car il n'y avait pas une identité factuelle et juridique. À l'inverse, dans l'affaire *Solvay*, la Cour a considéré qu'il existait un risque d'inconciliabilité, dans la mesure où les juges belges et néerlandais compétents en raison du domicile des sociétés contrefactrices étaient amenés à se prononcer sur les mêmes actes de contrefaçon portant sur les mêmes parties nationales du brevet. Ils devraient, ainsi, examiner les contrefaçons dénoncées au regard des droits nationaux régissant les différentes parties nationales du brevet européen (point 28 de l'arrêt *Solvay*). Il est alors possible de permettre une centralisation des litiges sur le fondement de l'article 6 §1 au profit des tribunaux néerlandais. La Cour laisse, pourtant, le soin au juge national d'apprécier le risque d'inconciliabilité en tenant compte de tous les éléments du dossier (point 30 de l'arrêt *Solvay*).

Quant à sa jurisprudence *GAT*, la Cour n'a pas opéré un revirement, mais elle a bien opté pour une limitation de sa portée. Elle a, en effet, choisi de ne pas étendre l'exclusivité du juge du titre au stade du provisoire, en se fondant sur la structure et la substance des articles 22 §4 et 31 RBI.

D'une part, les dispositions figurent dans des sections différentes, excluant qu'elles puissent être considérée comme générale ou spéciale l'une par rapport à l'autre (point 40 de l'arrêt *Solvay*). D'autre part, les articles ont un champ d'application distinct, l'article 22 §4 attribue compétence exclusive au juge du titre pour statuer au fond dans des litiges relatifs à la validité du titre, alors que l'article 31 attribue compétence au provisoire à d'autres juridictions, indépendamment de leur compétence au fond[569] (point 36 de l'arrêt *Solvay*).

[568] V. *supra*, n° 280 et s..
[569] Selon l'article 31 RBI, le juge d'un État membre peut statuer sur une demande de mesure provisoire ou conservatoire même si, en vertu du règlement, une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond.

294. Dans ces circonstances, il n'y a pas un risque de conflit des décisions et l'article 31 pourra jouer, dès lors que la décision provisoire prise par le juge de la contrefaçon ne préjugera aucunement de la décision à prendre sur le fond quant à la validité du titre par le juge compétent au sens de l'article 22 §4. Selon la Cour, le juge du provisoire refusera de prendre la mesure provisoire sollicitée s'il estime qu'il existe une chance raisonnable et non négligeable que le brevet invoqué soit annulé par le juge compétent (point 49 de l'arrêt *Solvay*).

Après avoir expliqué les réponses contradictoires données par la CJUE à propos de la portée des compétences exclusives en présence de demandes incidentes, il convient, maintenant, de s'intéresser aux solutions envisageables qui peuvent être proposées dans le but d'assurer un régime uniforme pour les règles de compétence exclusive.

Nous allons, alors, examiner les solutions qui peuvent être suggérées lorsque le juge est saisi à titre incident d'une question tombant sous l'empire d'une compétence exclusive de l'article 24 RBI *bis*. L'hypothèse visée est celle où la question soulevée au cours du procès porte, par exemple, sur la propriété d'un immeuble situé dans un autre État membre ou sur la validité d'une société établie dans un autre pays européen ou même sur la validité d'un brevet enregistré dans un autre État membre[570].

§2 Les solutions envisageables

295. La principale difficulté qui se pose lorsque le juge compétent au fond est saisi d'une question incidente couverte par l'article 24 RBI *bis* consiste à savoir quels sont les effets qui doivent être attribués à sa décision, si nous admettons sa compétence pour trancher cette question (I). Les droits nationaux adoptent des approches différentes par rapport à ce point.

[570] Nous pouvons aussi envisager l'hypothèse où le juge est saisi à titre incident d'une question portant sur la validité de l'inscription d'un registre public étranger (tenu dans un autre État membre) mais il ne semble pas probable qu'une telle question soit posée – à titre principal ou incident – devant le juge d'un État autre que celui sur lequel le registre est tenu. Ainsi que nous l'avons déjà précisé, l'article 24 §3 RBI *bis*, relatif à la compétence exclusive en matière de validité des inscriptions sur les registres publics, n'a pas donné lieu à une jurisprudence de la part de la CJUE, ce qui démontre le caractère plutôt incontestable de cette règle (v. *supra*, n° 165). En effet, cette dernière concerne un contentieux très spécifique, celui de la validité formelle des inscriptions sur des registres publics – le litige porte par exemple sur l'incompétence de l'officier public ou l'omission d'une mention obligatoire et il implique la mise en œuvre des règles du droit public de l'État en cause – le litige est susceptible d'être qualifié de matière administrative.

Face à cette divergence constatée au sein des droits nationaux, il ne serait pas sans intérêt d'examiner la solution retenue dans des textes internationaux et dans le droit de l'arbitrage international concernant d'une part, l'attitude que doit adopter le juge ou l'arbitre saisi à titre incident d'une question relevant d'une règle de compétence exclusive et d'autre part, les effets conférés à sa décision portant sur la question incidente (II). Enfin, en tenant compte de tous ces éléments, nous allons proposer une solution dans le cadre européen (III).

I. Le problème des effets attribués à la décision du juge statuant sur la question incidente invoquée en cours d'instance

296. ***Rappel de la contradiction entre les jurisprudences GAT et BVG***. Nous avons déjà expliqué les inconvénients de la jurisprudence *GAT* rendue en matière de propriété intellectuelle, selon laquelle le juge compétent au fond et saisi à titre incident d'une question relevant de l'article 24 RBI *bis* doit surseoir à statuer en attendant que le juge exclusivement compétent se prononce sur la question[571]. Une telle solution entraîne la scission du contentieux qui peut retarder sérieusement l'issue du litige et n'est pas conforme aux exigences d'une bonne administration de la justice.

Par ailleurs, comme nous l'avons souligné, cette solution est susceptible de conduire à un éparpillement du contentieux, lorsque la question incidente porte sur la validité d'un brevet européen qui, une fois délivré, éclate en un faisceau de brevets nationaux. À part du risque de la dispersion du contentieux, l'approche retenue dans l'arrêt *GAT* encourage les manœuvres dilatoires du défendeur, qui invoque la nullité du titre de propriété intellectuelle uniquement pour ralentir le déroulement de l'instance.

Contrairement à la solution retenue dans l'affaire *GAT*, l'arrêt *BVG* de la CJUE, rendu en matière de sociétés, laisse entendre que le juge saisi à titre incident d'une question couverte par l'article 24 RBI *bis* peut statuer sur celle-ci. Toutefois, l'arrêt ne dit rien sur les effets de la décision portant sur la demande incidente. Il s'agit, néanmoins, d'un point important, car il y a une divergence au sein des droits nationaux à propos de la reconnaissance d'une telle décision.

[571] V. *supra*, n° 274 et s..

297. ***La divergence au sein des droits nationaux quant aux effets de la décision portant sur la question incidente***. Le problème se pose, surtout, lorsque la question soulevée au cours du procès devant le juge compétent au fond, porte sur la validité d'un brevet étranger, car cette situation est très fréquente en pratique. Mais, le même problème – concernant les effets de la décision sur la demande incidente – peut se poser, si la question porte sur la validité d'une société étrangère ou d'une décision prise par ses organes ou sur la propriété ou un autre droit réel à propos d'un immeuble situé dans un autre État membre.

Selon certains droits nationaux, la décision constatant à titre incident la nullité d'un brevet étranger a un effet *inter partes,* c'est-à-dire les effets de la décision sont limités aux parties au litige et le jugement n'est pas opposable aux tiers[572]. C'est notamment le cas du droit allemand qui reconnaît un effet *inter partes* à une telle décision[573]. La question de la validité du brevet peut alors être rejugé par un autre juge dans le cadre d'un litige opposant le titulaire du brevet et un tiers si ce dernier invoque de manière incidente la nullité du titre[574]. Seule la décision du juge de l'État qui avait délivré le brevet peut avoir un effet absolu opposable aux tiers. Cette limitation des effets du jugement entre les parties est justifiée par des considérations tirées du respect de la souveraineté de l'État d'enregistrement du titre. L'annulation du titre prononcée éventuellement par le juge n'imposera pas la radiation du brevet dans le registre étranger où il est inscrit.

Pourtant, dans d'autres pays européens, la décision de justice annulant un brevet national a un effet *erga omnes,* c'est-à-dire le jugement a un effet absolu et il est opposable aux tiers ; c'est le cas du droit français[575]. Dans ce cas, aux yeux du droit national, la compétence du juge

---

[572] Un jugement est doté d'une efficacité substantielle, c'est-à-dire il crée des droits ou d'obligations en faveur ou à l'encontre de ceux qui ont été parties au litige (effet *inter partes*). Néanmoins, l'acte juridictionnel est également opposable aux tiers (effet *erga omnes*), qui ne peuvent pas ignorer l'existence de la situation juridique née du fait du jugement et doivent respecter la modification de l'ordonnancement juridique opérée par celui-ci – c'est la raison pour laquelle le droit français ouvre aux tiers la voie de la tierce opposition (art. 586 Code de procédure civile). Outre l'efficacité substantielle, le jugement est assorti de l'autorité de la chose jugée, qui interdit aux parties de recommencer un litige ayant le même objet et la même cause (v. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHANAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, Dalloz Hypercours, 2019, p. 124 et s.).

[573] V. point 30 de l'arrêt *GAT*, *op. cit*. Dans le cadre de l'affaire *GAT*, le gouvernement allemand avait soulevé que, d'après le droit allemand, les effets d'une décision statuant à titre incident sur la validité d'un brevet se limitent aux parties à l'instance et que par conséquent, il n'y aurait pas un risque de décisions contradictoires si la Cour admettait la compétence du juge de la contrefaçon pour trancher la question incidente de validité du titre.

[574] Imaginons, par exemple, l'hypothèse où le titulaire du brevet qui a été annulé *inter partes* intente une action en contrefaçon contre un tiers devant le juge du lieu du domicile du prétendu contrefacteur. À l'occasion d'un tel litige, le juge peut rejuger la question de la validité du titre, si le défendeur soulève cette question à titre incident.

[575] Selon l'article L. 613-27 du Code de propriété intellectuelle, *« la décision d'annulation d'un brevet d'invention a un effet absolu sous réserve de la tierce opposition »*. En revanche, si le juge refuse d'annuler le brevet, sa

d'un État autre que celui qui a délivré le brevet pour trancher la question incidente de la validité du titre ne semble pas admise.

La CJUE avait constaté cette divergence au sein des droits nationaux dans l'arrêt *GAT* et elle avait estimé qu'afin d'éviter un risque de décisions contradictoires[576], la compétence des juridictions d'un État autre que celui qui avait délivré le brevet pour statuer à titre incident sur la validité d'un brevet étranger devrait être limitée aux seuls cas où le droit national applicable n'attachait à la décision à rendre qu'un effet limité aux parties à l'instance. Or, une telle solution conduirait à des distorsions, compte tenu de la divergence au sein des droits nationaux, mettant ainsi en cause l'égalité et l'uniformité des droits et des obligations des États membres (point 30 de l'arrêt *GAT*).

298. ***La divergence entre les pays de droit civil et les pays de common law à propos de l'autorité de la chose jugée de la décision portant sur la question incidente***. Les choses deviennent plus compliquées, si nous prenons également en considération la divergence qui existe entre les pays de droit civil et les pays de *common law*[577], par rapport à l'autorité de la chose jugée attribuée à la décision statuant sur la question incidente – nous rappelons que l'hypothèse visée est celle où la question soulevée à titre incident, au cours du procès, porte sur une matière couverte par l'article 24 RBI *bis*, comme par exemple la propriété d'un immeuble, la validité d'une société ou la validité d'un brevet.

Il convient de préciser que la réponse donnée par le juge du fond à la question incidente peut figurer aux motifs du jugement et non pas au dispositif. Or, dans les pays de droit civil, un jugement ne produit normalement ses effets qu'en ce qui concerne le dispositif ; l'autorité de

décision est dépourvu d'effet absolu, ce qui signifie que les tiers peuvent agir ultérieurement en nullité du brevet (Cass. com., 5 mai 1987, *Bull.*, IV, n° 107 ; *PIBD*, 1987, n° 417, III, 307).

[576] Comme nous l'avons mentionné auparavant, ce n'est pas vraiment le risque des décisions contradictoires qui est en cause, la Cour de justice fait allusion à la question de la reconnaissance du jugement constatant à titre incident la nullité du brevet enregistré dans un autre État membre, v. *supra*, n° 276.

[577] Le concept même de « question posée à titre incident » est différent entre les pays de droit civil et les pays de *common law*. Par exemple, en matière de propriété intellectuelle, dans les États de *common law*, la validité du brevet soulevée à titre incident, en cours d'un litige portant sur sa contrefaçon, n'est pas considérée comme une question incidente mais comme une question posée à titre principal, en raison du lien étroit qui existe entre la validité et la violation du brevet (v. sur ce point le rapport de la réunion d'experts sur les aspects de la propriété intellectuelle de la future convention de la Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale du 1er février 2001, p. 6, le rapport peut être consulté en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/a0d56238-e421-4802-8a8b-d129d8fa1887.pdf).

la chose jugée n'est attachée qu'au seul dispositif du jugement[578]. Par conséquent, la décision du juge sur la question posée de manière incidente n'a pas d'autorité de chose jugée, de sorte qu'elle n'interdise pas de débattre à nouveau sur cette question dans le cadre d'une instance ultérieure opposant les mêmes parties mais ayant un autre objet ; c'est notamment le cas d'une action intentée devant le juge exclusivement compétent entre les mêmes parties mais portant cette fois à titre principal sur la question couverte par l'article 24.

En revanche, dans les pays de *common law*, le principe désigné diversement sous les noms de *« issue estoppel »*, *« collateral estoppel »*, ou *« issue preclusion »* permet au juge saisi d'une affaire ultérieure de reconnaître des décisions rendues sur des questions incidents dans un jugement antérieur. Cette règle peut s'appliquer à la fois lorsque le jugement initial a été rendu par un tribunal dans le même État ou par un tribunal d'un autre État[579].

---

[578] C'est le cas du droit français. *« Dans les pays de droit civil, un jugement ne produit normalement ses effets qu'en ce qui concerne le dispositif en France ou ses équivalents dans d'autres systèmes juridiques – par exemple, le Tenor ou Spruch en Allemagne et en Autriche »* (v. le rapport établi par T. HARTLEY et M. DOGAUCHI à propos de la convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection du for, n° 195, le rapport est disponible en ligne à l'adresse suivante https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf). L'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que *« l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement et a été tranché dans son dispositif »* (Cass., ass. plén., 13 mars 2009, *Gaz. Pal*. 29- 30 avr. 2009, p. 14, note T. JANVILLE ; *RDI* 2009. 429, obs. P. MALINVAUD ; *RTD civ*. 2009. 366, obs. R. PERROT). Selon cette jurisprudence, n'a pas autorité de chose jugée ce qui est implicitement compris dans le dispositif, à savoir les questions incidentes à celles qui sont expressément tranchées (v. sur ce point S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHANAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, *op. cit*., p. 132 et s.). En outre, la jurisprudence française rejette l'idée d'une autorité positive de la chose jugée (Civ. 2e, 22 mai 2014, *Gaz. Pal*. 2014, n° 252, note L. MAYER ; Civ. 1re, 16 avr. 2015, *Gaz. Pal*. 16 juin 2015, n° 167, obs. C. BLÉRY). *« Par autorité positive de la chose jugée, on entend l'autorité qui s'attache aux constatations effectuées par une juridiction à l'occasion d'un jugement rendu antérieurement entre les mêmes parties, mais à propos d'une affaire ayant un autre objet. (…) Reconnaître l'existence d'une autorité positive de chose jugée reviendrait à permettre à un juge d'extraire des motifs décisifs d'une précédente décision, des éléments auxquels il attacherait ainsi autorité de chose jugée. Le juge devrait ainsi considérer comme incontestables les faits ou qualifications de faits tirés des motifs du précédent jugement »* (S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHANAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, *op. cit*., n° 223, p. 134).

[579] V. sur ce point le rapport de T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, *op. cit*., n° 195. L'expression *« issue estoppel »* relève de la terminologie britannique et du Commonwealth de *common law*, alors que les expressions *« collateral estoppel »* et *« preclusion »* relèvent de la terminologie des États-Unis. T. Hartley et M. Dogauchi précisent, pourtant, que *« l'issue / collateral estoppel ne s'applique pas de plein droit, mais dépend de ce que le tribunal suivant juge équitable. Par exemple, il peut ne pas s'appliquer si de nouvelles preuves apparaissent, que la partie n'aurait pas pu découvrir en déployant des diligences raisonnables au moment de l'affaire initiale »* (Rapport explicatif de T. HARTLEY et M. DOGAUCHI sur l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, Doc. prél. N° 26, déc. 2004, p. 46, n° 165, le rapport est disponible en ligne à l'adresse suivante https://assets.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd26f.pdf).

II. L'approche retenue dans des textes internationaux et dans le droit de l'arbitrage international

299. Dans ce contexte, il serait intéressant d'étudier l'approche retenue par des textes internationaux, ainsi que par le droit de l'arbitrage international concernant d'une part, l'attitude que doit adopter le juge du fond ou l'arbitre saisi à titre incident d'une question relevant de la compétence exclusive d'un autre juge et d'autre part, les effets attribués à la décision portant sur la question incidente – dans le cas où nous admettons la compétence du juge ou de l'arbitre pour en connaître.

Nous allons distinguer l'approche retenue en matière de propriété intellectuelle par des instruments de *soft law* et le droit de l'arbitrage international (A) et celle adoptée par des textes internationaux à propos de différentes matières tombant sous l'empire d'une règle de compétence exclusive (B).

A. L'approche retenue en matière de propriété intellectuelle par des textes de soft law et le droit de l'arbitrage international

300. La solution retenue dans l'arrêt *GAT* est condamnée dans différents textes de *soft law* selon lesquels, le juge compétent au fond peut connaître de la demande portant sur la validité d'un brevet étranger soulevée en cours d'instance et sa décision aura un effet *inter partes* (1). Le droit français de l'arbitrage international permet aussi à l'arbitre de se prononcer à titre incident sur la validité d'un titre de propriété intellectuelle national, mais sa sentence aura seulement un effet *inter partes* et sera dépourvue d'autorité de la chose jugée (2).

1. La condamnation de la jurisprudence GAT dans différents textes de soft law

301. ***Le rejet de la solution retenue dans l'arrêt GAT par des instruments de soft law***. Comme nous l'avons déjà souligné, le problème se pose notamment lorsque la question invoquée à titre incident porte sur la validité d'un brevet étranger. C'était aussi le cas dans l'arrêt *GAT,* selon lequel le juge doit surseoir à statuer et inviter les parties à saisir le juge du lieu d'enregistrement du brevet. Il est, pourtant, important de remarquer que cette solution a été rejetée tant par des instruments de *soft law*, qui constituent des codifications savantes, que par le droit de l'arbitrage international.

En effet, les principes de l'American Law Institute et les principes du Max Planck Institute en matière de propriété intellectuelle et de droit international privé, ainsi que les principes asiatiques[580] militent contre l'extension de la compétence exclusive lorsque la question de la validité du titre de propriété intellectuelle est soulevée à titre incident, surtout dans le cadre d'une action en contrefaçon. La décision du juge de la contrefaçon portant sur la question de validité du titre aura uniquement un effet *inter partes*[581]. Le rejet de la jurisprudence *GAT* s'explique par les problèmes qu'elle est susceptible d'engendrer en niveau procédural – nous avons évoqué et expliqué ces problèmes précédemment[582].

302. Il convient, aussi, de noter que le Groupe européen de droit international privé (GEDIP) a proposé, lors de sa réunion de Bergen de 2008 consacrée à l'étude de la question de l'internationalisation du RBI, d'exclure la jurisprudence *GAT* dans les rapports entre États membres et États tiers[583]. Selon le paragraphe 2 de l'article 22 *bis* proposé *« lorsqu'une question de validité de droits visés au paragraphe 4 de l'article 22 est soulevée à titre incident dans un litige porté devant le tribunal d'un État membre et que cette question relève de la compétence exclusive des juridictions d'un État non-membre [selon le droit de cet État], ce tribunal est compétent pour en connaître »*.

En d'autres termes, si la question de la validité d'un droit de propriété intellectuelle enregistré dans un État tiers et relevant de la compétence exclusive du juge du pays tiers, est

---

[580] Il s'agit de cinq ensembles de « Principes » établis par des groupes d'universitaires et de juristes : « *American Law Institute Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes »*, (ALI Principles), St. Paul, MN : American Law Institute, 2008 ; « *Transparency of Japanese Law Project, Transparency Proposal on Jurisdiction, Choice of Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Intellectual Property* » finalisés en 2009 (Transparency Proposal) ; *« Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights, Joint Proposal Drafted by Members of the Private International Law Association of Korea and Japan »* adoptés le 14 octobre 2010 (Joint Korean and Japanese Proposal) ; « *Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, prepared by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property »* (CLIP Principles), Oxford University Press, 2013 ; *« Lignes directrices de Kyoto sur la propriété intellectuelle et le droit international privé »* adoptées par l'Association de droit international le 13 décembre 2020. Pour une étude comparative d'ensemble sur les principes asiatiques v. T. KONO et P. JURCYS, *Intellectual Property and Private International Law Comparative perspectives*, éd. T. Kono, Oxford Portland : Hart Publishing, 2012, p. 37 et 71. V. aussi B. UBERTAZZI « Infringement and Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property : a Comparison for the International Law Association », *Revue de droit de la propriété intellectuelle, des technologies de l'information et du commerce électronique,* 3 (3) 2012 ; E. TREPPOZ, *« Un autre regard : étude comparée des Principes de l'American Law Institute et du Max Planck Institut sur le droit international privé et la propriété intellectuelle », in* C. Nourissat et E. Treppoz (dir.), *Droit international privé et propriété intellectuelle : un nouveau cadre, des nouvelles strategies*, Lamy, 2010, p. 290.

[581] Article 211 (2) ALI Principles ; article 103 (3) Transparency Proposal ; article 209 (2) Joint Korean and Japanese Proposal ; article 2 : 401 (2) CLIP Principles ; article 11 (2) des Lignes directrices de Kyoto.

[582] V. *supra*, n° 274 et s..

[583] www.gedip-egpil.eu, 18e réunion, Bergen, 19-21 sept. 2008, compte-rendu des séances de travail.

soulevée à titre incident devant le juge d'un État membre, ce dernier peut en connaître[584]. Le GEDIP a remarqué que, même si une règle analogue d'un État tiers permettant à un juge de ce pays de connaître de manière incidente de la validité d'un droit de propriété intellectuelle ayant donné lieu à dépôt ou enregistrement dans l'UE, pourrait être problématique pour l'UE, *« la disposition proposée a pourtant le mérite de permettre de concentrer devant le juge saisi de l'action en contrefaçon un examen qui devrait être effectué devant les juges d'États différents si les droits en question ont été déposés ou enregistrés dans plusieurs États »*. Quant aux effets de la décision du juge de l'État membre statuant à titre incident sur la question de la validité du droit, ils sont limités aux relations entre parties au litige.

2. *L'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des titres de propriété intellectuelle en droit français*

303. La jurisprudence française avait longtemps considéré que la question de la validité des titres de propriété intellectuelle était inarbitrable. Toutefois, l'arrêt *Liv Hidravlika*, rendu par la cour d'appel de Paris, a opéré un revirement de jurisprudence à cet égard (i). La solution retenue dans cet arrêt comporte, cependant, des défauts liés à la limitation des effets de la sentence arbitrale (ii).

a. Le revirement de jurisprudence

304. ***L'arbitrabilité du contentieux de la validité du titre***. Il convient d'observer que lorsque le différend est soumis à l'arbitrage, la solution retenue en droit français est inverse à celle adoptée dans l'arrêt *GAT*. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt *Liv Hidravlika* du 28 février 2008[585], a affirmé que la question de la validité du brevet, soulevée de manière incidente à l'occasion d'un litige de nature contractuelle, peut être soumise à l'arbitrage.

[584] Nous allons voir ultérieurement que la proposition établie par le GEDIP a admis l'effet réflexe de l'article 22 du RBI, c'est-à-dire son application, même si le critère de rattachement visé par le texte se réalise sur le territoire d'un État tiers, v. *infra*, n° 445 et s..

[585] CA Paris, 28 févr. 2008, *Liv Hidravlika*, *Rev. propr. ind*. 2009, n° 1 p. 25, obs. J. RAYNARD ; *JCP E* 2008, n° 1582, obs. C. CARON, *Rev. arb*. 2009, p. 168, note T. AZZI ; *JCP G* 2008, I, 164, n°6, obs. J. BÉGUIN ; *RTD com*. 2008, p. 516, obs. E. LOQUIN ; *D.* 2008, pan., p. 3113, obs. Th. CLAY.

Il s'agit d'un revirement de jurisprudence, puisqu'il était interdit aux arbitres de statuer sur la validité des titres de propriété intellectuelle[586]. L'exclusion de l'arbitrage était liée à l'existence d'une compétence exclusive en la matière justifiée par des considérations tenant à l'ordre public et surtout au rôle joué par les États dans la délivrance de ces titres – nous avons, pourtant, vu que l'idée, selon laquelle l'octroi d'un titre de propriété intellectuelle est un acte de souveraineté, est contestable[587].

305. Par ailleurs, en droit français, la nullité éventuelle du titre ne peut être déclarée que « par décision de justice »[588], visant les jugements rendus par les tribunaux étatiques et l'annulation prononcée est inscrite au registre national des brevets ou des marques[589]. L'intervention d'une personne privée comme l'arbitre ne semblait, alors, pas adéquate. En outre, comme nous l'avons déjà mentionné, le droit français prévoit que l'annulation du titre a un effet *erga omnes*, ce qui signifie qu'elle est opposable aux tiers[590]. Or, il paraît que la nullité prononcée par un arbitre ne satisfasse pas cette condition, en raison de l'origine conventionnelle de l'arbitrage qui empêche la sentence d'avoir force obligatoire au-delà des parties[591].

---

[586] V. la sentence CCI n° 6709 de juin 1991, qui *« réserve au juge étatique les litiges qui portent sur des domaines relevant de l'ordre public, c'est-à-dire sur la délivrance, l'annulation ou la validité du brevet », PIBD*, 1993, n° 541, III, 230 ; *JDI*, 1992.998, obs. D. HASCHER ; CA Paris, 3 février 1992 : *« un litige est arbitrable dès lors que la validité du brevet n'est pas en cause », PIBD*, 1992, n° 525, III, 359 ; *RTD com.*, 1993. 293, obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN.

[587] V. *supra*, n° 146 et s.. J. RAYNARD, « L'exclusivité du juge du titre », in *Droit international privé et propriété intellectuelle : un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, C. Nourissat et E. Treppoz (dir.) 2010, p. 181 ; J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, thèse LGDJ 1961 ; *Traité des brevets*, Litec 1984, n° 541 et s., p. 521 et s.. ; D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, *op. cit*., p. 352, n° 382. Selon ces auteurs, l'octroi d'un brevet est un acte formel et échappe à la qualification d'un acte souverain de la puissance publique. L'enregistrement du titre a une valeur déclarative permettant de vérifier que le droit est demandé dans le respect des conditions matérielles fixées par la loi. Par conséquent, la compétence exclusive en la matière ne relève pas à proprement parler de l'ordre public. Ce raisonnement permet d'admettre le recours à l'arbitrage en matière de validité des brevets (en ce sens, M. VIVANT, « Cherche litige non arbitrable laborieusement », *Rev. Lamy dr. aff.* juin 2004, n° 72, p. 5 ; F. PERRET « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention » in *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage mélanges offerts à Claude Reymond*, Litec, 2004, p. 229 ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich 2002, n° 347 et s., p. 296 et s. F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *Rev. arb*., vol. 2014 Issue 2, pp. 303-318, n° 20 ; *Arbitration in Germany : The Model Law in Practice*, K.- H. Böckstiegel, S. M. Kroll et P. Nacimiento, éds., § 1030, n° 14 et s., p. 99 ; K.-H. BOCKSTIEGEL, « Public Policy and Arbitrability », in Pieter Sanders (éd), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series, Volume 3, Kluwer Law International 1987, pp. 197-198). Sur l'arbitrabilité des litiges en matière de validité des brevets, v. *infra*, n° 587-588.

[588] Art. L. 613-25 [brevets], et article et L. 714-3 [marques] Code de propriété intellectuelle.

[589] Art. L. 613-27 [brevets] et L. 714-7 [marques] Code de propriété intellectuelle.

[590] V. *supra*, n° 297.

[591] Il faut préciser que l'hypothèse visée est celle où le juge étatique ne s'est pas déjà prononcé sur la validité du titre ou n'est pas saisi d'une procédure parallèle portant sur cette question. D'une part, si le juge annule le titre et postérieurement, une sentence arbitrale en admettait la validité, l'exécution de celle-ci devrait être refusée compte tenu de l'effet absolu lié à la décision du juge ; d'autre part, si le juge est saisi dans le cadre d'une procédure parallèle d'une action portant sur la validité du titre, l'arbitre doit normalement surseoir à statuer.

Dans ces conditions, si l'arbitre avait à statuer à titre incident sur la validité du titre dans le cadre d'un litige contractuel, il devait surseoir à statuer le temps que le juge se prononce sur la question. Toutefois, cette obligation pesant sur l'arbitre retardait la résolution du litige et encourageait les manœuvres dilatoires.

306. ***Les circonstances de l'affaire Liv Hidravlika***. Dans le cadre de l'affaire *Liv Hidravlika*, il s'agissait d'un contentieux contractuel international, impliquant un brevet français, soumis à un tribunal arbitral. Le défendeur, dans le but d'échapper à ses obligations issues du contrat de licence, conteste à titre incident la validité du brevet, ainsi que la compétence arbitrale au motif que seul un juge étatique peut se prononcer sur la validité du titre. Si le brevet est nul, ses obligations issues du contrat disparaissent, puisqu'il lui était reproché d'avoir exploité l'invention au-delà des stipulations contractuelles. Ses prétentions ont été, pourtant, repoussées par l'arbitre, qui a admis la validité du brevet.

La cour d'appel de Paris, saisie d'un recours en annulation contre la sentence, a jugé que l'arbitre peut statuer sur la validité du brevet dans le cadre d'un litige de nature contractuelle, sans avoir à surseoir à statuer, lorsque la question de la validité du brevet est soulevée à titre incident, en cours d'instance[592]. La décision s'inscrit dans la volonté de lutter contre les arguments de nullité du brevet invoqués de façon dilatoire par un défendeur de mauvaise foi afin d'échapper, au moins temporairement, à l'arbitrage et ralentir le déroulement du procès[593]. L'arrêt n'envisage que la validité des brevets, mais la solution doit normalement être étendue aux autres droits de propriété intellectuelle nationaux.

307. ***La position de la Cour de cassation***. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée de façon explicite sur la question de l'arbitrabilité du contentieux de l'annulation des titres de

[592] Autrement dit, la question de la validité doit être soulevée sous forme de moyen de défense ou de demande reconventionnelle, v. T. Azzi, « Arbitrabilité et validité du titre en droit français », *Rev. arb*. 2014, p. 323.
[593] Selon T. Azzi, « *la jurisprudence Liv Hidravlika a permis de vaincre l'une des dernières poches de résistance à l'arbitrage en droit de la propriété industrielle. La matière se prête tout particulièrement à un tel mode de règlement des différends : les arbitres peuvent être de véritables experts - juristes spécialisés ou ingénieurs - et la procédure permet de préserver le secret des affaires, élément important s'agissant de la protection des inventions. Or, avant l'arrêt Liv Hidravlika, l'arbitre devait se dessaisir ou au moins surseoir à statuer dans l'attente d'une décision du juge, lorsque le défendeur invoquait la nullité du titre. Ce moyen de défense étant très répandu, le demandeur s'exposait à un fort risque d'interruption de l'instance. Désormais, lorsque le défendeur soulève la nullité du titre à titre incident, l'arbitre est en droit de poursuivre sa mission sans avoir à interroger le juge. D'une solution qui, à n'en pas douter, a freiné le développement de l'arbitrage dans le domaine de la propriété industrielle, on est ainsi passé à une solution qui, au contraire, pourrait bien contribuer à son essor* ». (T. AZZI, « Arbitrabilité et validité du titre en droit français », *op. cit*., p. 325).

propriété intellectuelle. Cependant, elle a rendu un arrêt le 12 juin 2013[594], qui paraît aller dans le sens de la jurisprudence *Liv Hidravlika*. Le litige concernait la violation d'un accord de confidentialité relatif à un brevet et la sentence arbitrale rendue a été attaquée par un recours en annulation, reprochant au tribunal arbitral d'avoir violé l'ordre public en se prononçant sur la validité du brevet. Les hauts magistrats ont approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir refusé d'annuler une sentence arbitrale en relevant que *« le tribunal arbitral ne s'était pas prononcé à titre principal sur la validité des brevets »*. La Cour de cassation semble, ainsi, estimer que la question de la validité des brevets est arbitrable si elle est débattue de manière incidente[595].

308. ***L'effet inter partes de la sentence et l'absence d'autorité de la chose jugée***. L'arrêt du 28 février 2008 précise, néanmoins, que *« l'invalidité éventuellement constatée n'ayant, pas plus, que s'il s'agissait de la décision d'un juge, d'autorité de la chose jugée*[596]*, car elle ne figure notamment pas au dispositif, qu'elle n'a d'effet qu'à l'égard des parties, de même d'ailleurs qu'une décision en faveur de la validité, les tiers pouvant toujours demander la nullité du brevet pour les mêmes causes »*.

Autrement dit, la sentence arbitrale n'a qu'un effet *inter partes*, ce qui signifie que la décision de l'arbitre sur la validité du brevet français n'a d'effet qu'à l'égard des parties[597] ; elle est inopposable aux tiers[598]. Autrement dit, l'arbitre ne tirera des conséquences de sa décision sur la validité du titre que pour résoudre le litige purement contractuel qui lui a été soumis. La question de la validité pourra être rejugée par un autre arbitre dans le cadre d'un litige opposant le titulaire du brevet et un tiers, qui soulève à titre incident la nullité du brevet.

---

[594] Civ. 1re, 12 juin 2013, *Victocor Technologies*, *JCP G*, 2013, doctr. 784, n° 3, obs. Ch. SERAGLINI ; *D.*, 2013, p. 2938, obs. Th. CLAY.

[595] En ce sens, v. T. AZZI, « Arbitrabilité et validité du titre en droit français », *op. cit*. et F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *Rev. arb*. 2009, p. 313. La solution demeure, toutefois, implicite ; l'arrêt n'a pas été publié au *Bulletin.*

[596] Contrairement à ce que dit la cour d'appel dans l'arrêt *Liv Hidravlika,* la décision du juge bénéficie toujours de l'autorité de chose jugée, qu'elle prononce l'annulation du brevet par voie principale ou par voie incidente ou qu'elle refuse d'annuler le brevet. La décision qui admet la validité bénéficie de l'autorité de chose jugée en ce sens qu'elle rend irrecevable une nouvelle demande en nullité que pourrait former l'une des parties pour la même cause (v. T. AZZI, « Note - 28 février 2008, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) », *Rev. arb*. 2009, p. 182 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis Litec, 4e éd., 2007, n° 221).

[597] Il faut rappeler qu'en droit français, le jugement qui admet la validité du titre n'a pas non plus un effet absolu, permettant aux tiers d'agir ultérieurement en nullité du brevet (Cass. com., 5 mai 1987, *Bull.*, IV, n° 107 ; *PIBD*, 1987, n° 417, III, 307).

[598] Ainsi que nous l'avons déjà noté, cette limitation des effets de la décision entre les parties est justifiée par des considérations tirées du respect de la souveraineté de l'État d'enregistrement du titre. La nullité du titre éventuellement prononcée par le tribunal arbitral ne pourra pas entraîner la radiation du brevet au registre national des brevets.

Seule la décision du juge français[599] prononçant la nullité du titre aura un effet *erga omnes* et sera, ainsi, opposable aux tiers.

L'arrêt *Liv Hidravlika* précise, en outre, que la décision de l'arbitre en ce qui concerne la validité du brevet n'a pas d'autorité de la chose jugée, dans la mesure où elle ne figure pas au dispositif de la sentence. Par conséquent, rien n'interdit à un autre arbitre ou au juge français de débattre à nouveau sur cette question dans le cadre d'une instance opposant les mêmes parties[600].

Il est, alors, clair qu'une différence de traitement est établie entre le juge étranger et l'arbitre. Dans l'espace judiciaire européen, le juge doit surseoir à statuer s'il est saisi à titre incident de la question de validité d'un brevet français, alors qu'en droit français de l'arbitrage international, l'arbitre n'y est pas tenu. Cependant, la sentence arbitrale n'a d'effet qu'à l'égard des parties et elle est dépourvue d'autorité de la chose jugée.

b. Une solution peu satisfaisante

309. ***Le risque de contrariété des décisions et l'émergence des situations « boiteuses » en raison de la portée inter partes de la sentence***. La solution retenue en matière d'arbitrage n'est, toutefois, pas satisfaisante, puisqu'en conférant à la décision de l'arbitre une portée *inter partes*, un même titre de propriété intellectuelle peut être considéré comme inexistant entre les parties et valable à l'égard des tiers. En effet, la nullité éventuellement constatée par l'arbitre ne vaut qu'*inter partes*, ce qui veut dire qu'elle ne produit ses effets qu'entre les parties au litige et qu'elle est inopposable aux tiers, qui doivent continuer à respecter le monopole issu du titre. Ainsi, le titulaire du brevet annulé *inter partes* par la sentence ne pourra plus se prévaloir de son droit contre son cocontractant mais il pourra engager une action en contrefaçon contre un tiers, étant donné que le titre demeure valable à son égard. Or, comme le soulignent G. Bonet et Ch. Jarrosson, *« dire qu'un acte n'est pas valable entre parties, mais valable en dehors d'elles, n'a […] juridiquement aucun sens »*[601].

[599] Imaginons que le titulaire du brevet français annulé *inter partes* par la sentence intente une action en contrefaçon contre un tiers devant le juge français. Si, à l'occasion de ce litige, le juge prononce la nullité du titre – en répondant à une question incidente soulevée par le présumé contrefacteur – sa décision aura un effet absolu. Nous pouvons aussi envisager l'hypothèse où le juge français est saisi à titre principal d'une action en nullité du brevet dans le cadre d'un litige opposant le titulaire du brevet et un tiers, sa décision aura également un effet *erga omnes*.

[600] Ceci vise notamment le cas où le juge français sera saisi à titre principal d'une action en nullité du brevet dans le cadre d'un litige opposant les mêmes parties. Sa décision aura un effet *erga omnes*.

[601] G. BONET et Ch. JARROSSON, « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle », in *Arbitrage et propriété industrielle*, Litec, 1994, p. 61 et s., spéc. p. 64.

Par ailleurs, si la sentence arbitrale annulant un brevet français n'a d'effet qu'entre les parties, elle va conduire à la nullité du contrat qui lie celles-ci ; mais, il sera toujours possible au juge français ou un autre arbitre de reconnaître ultérieurement la validité du même titre dans un litige impliquant un tiers. Il y a, alors, un risque de contrariété des décisions conduisant à une multiplication des titres « boiteux »[602]. Le même risque existe aussi si l'arbitre admet la validité du titre et par la suite, le juge français ou un autre arbitre en prononce la nullité.

310. Il faut, pourtant, remarquer qu'en droit français, une contrariété des décisions peut également survenir lorsque différents juges sont amenés à se prononcer sur la validité d'un même brevet. Ainsi que nous l'avons mentionné auparavant, si le jugement d'annulation du titre a un effet absolu, il en va autrement du jugement qui en admet la validité[603]. Si le juge refuse d'annuler le brevet, sa décision est dépourvu d'effet absolu, ce qui signifie que les tiers peuvent agir ultérieurement en nullité du brevet. Un même titre peut alors être considéré comme valable par un juge avant d'être annulé postérieurement par un autre.

Dans ces conditions, il est intéressant de noter que selon certains spécialistes, il est incohérent pour les titres de propriété intellectuelle comme pour les autres droits subjectifs, de raisonner en termes de validité ou de nullité *inter partes*[604]. Il s'agit de deux états généraux, qui doivent être envisagés *erga omnes*, la validité d'un droit subjectif ne doit pas varier en fonction de la personne à qui il est opposé.

311. ***L'approche des droits étrangers***. Il est, par ailleurs, important de préciser que contrairement à la solution retenue dans l'arrêt *Liv Hidravlika*, certains droits étrangers admettent une autre approche, conférant un effet *erga omnes* à la décision de l'arbitre portant sur la nullité d'un brevet national. C'est notamment le cas du droit suisse de l'arbitrage international, selon lequel l'arbitre siégeant en Suisse peut statuer sur la validité d'un brevet

---

[602] En ce sens, T. AZZI, « Arbitrabilité et validité du titre en droit français », *op. cit.*, p. 328 ; T. AZZI, « Note – 28 février 2008, Cour d'appel de Paris (1er Ch. C) », *op. cit.*, p. 183 ; F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit.*, p. 318.

[603] Cass. com., 5 mai 1987, *Bull.*, IV, n° 107 ; *PIBD*, 1987, n° 417, III, 307. Comme le soulignent J. Azéma et J.-C. Galloux, *« en droit français la personne qui a été condamnée pour contrefaçon, sans avoir pu obtenir l'annulation du brevet, ne pourra pas échapper aux condamnations prononcées contre elle en invoquant une décision d'annulation obtenue postérieurement par un tiers »*, J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz 2017, n° 547. V. aussi Cass. com., 28 janv. 2003, n° 00-12.149, *sté New Holland France et a. c/ sté Greenland et a.*, *Juris-Data* n° 2003-017499 ; *Bull. civ.* 2003, IV, n° 11, selon lequel même après l'annulation d'un brevet à la demande d'un tiers, une transaction antérieure ayant eu pour objet de mettre fin à un litige concernant les conséquences pécuniaires d'une condamnation pour contrefaçon n'encourt pas l'annulation.

[604] G. BONET et Ch. JARROSSON, « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle », *op. cit.*, p. 64 et s..

national soulevée à titre principal et sa décision bénéficie d'un effet absolu. La nullité du brevet prononcée par l'arbitre va entraîner la radiation de l'inscription du titre du registre des brevets, à condition que la sentence ait été déclarée exécutoire[605].

Le droit belge prévoit également qu'un titre de propriété intellectuelle national peut être annulé par une sentence arbitrale et la décision d'annulation a un effet *erga omnes*, ce qui ouvre exceptionnellement aux tiers la voie du recours en annulation de la sentence. Quant au droit américain, il confère à la sentence arbitrale statuant sur la validité d'un brevet un effet *inter partes*, mais il prévoit une voie de révision particulière permettant d'obtenir la modification de la sentence, si le brevet est validé par un arbitre puis annulé par un juge ; le juge peut réviser la sentence, à condition que les parties l'aient prévu dans la convention d'arbitrage. Nous allons analyser plus tard les solutions retenues dans ces droits étrangers à propos de la question de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des titres de propriété intellectuelle[606].

312. ***La possibilité d'accorder un effet erga omnes à la sentence arbitrale malgré le caractère relatif de la convention compromissoire***. D'après certains auteurs[607], le fait que l'arbitre tient ses pouvoirs d'une convention de droit privé n'empêche pas la sentence annulant un titre de propriété intellectuelle national d'avoir un effet *erga omnes*, dans la mesure où le droit en cause est un droit absolu opposable aux tiers[608] – à condition bien sûr que le droit national admette l'arbitrabilité des litiges en la matière.

Il ne faut pas confondre *« les obligations qui découlent, pour les parties à un procès, de la décision rendue, avec l'opposabilité de cette décision, à tous les tiers au procès »*[609]. Comme l'avait constaté J. Duclos, **«** *l'opposabilité d'un acte, quelle que soit sa nature, ne constitue pas une extension aux tiers de son effet obligatoire »*[610]. Il ne semble pas, alors, impossible de

[605] V. F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit*., p. 305 et s.. ; F. PERRET « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention » in *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage mélanges offerts à Claude Reymond*, Litec, 2004, p. 229 et s. ; F. PERRET, « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit comparé : Suisse/Allemagne/Italie », in Arbitrage et propriété intellectuelle, Colloque de l'IRPI, Librairies Techniques, 1994, p. 73 et s.
[606] V. *infra*, n° 597 et s..
[607] V. F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit*., p. 317 ; X. DE MELLO, « L'expérience des arbitres (ou l'« *espérance* » des arbitres) », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI, Librairies Techniques, 1994, p. 93, spécialement p. 108 et s. ; M. VIVANT, « Cherche litige non arbitrable laborieusement », *op. cit*., p. 10 et s.
[608] F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit*., p. 317.
[609] X. DE MELLO, « L'expérience des arbitres (ou l'« *espérance* » des arbitres) », *op. cit*., p. 108.
[610] J. DUCLOS, *L'opposabilité : essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, p. 140.

considérer que la décision arbitrale puisse avoir effet à l'égard de tous, pourvu qu'elle ait reçu l'*exequatur* et qu'elle ait été transmise à l'administration chargée de la publicité[611].

313. D'autres arguments sont également avancés afin de justifier l'effet *erga omnes* de la sentence arbitrale constatant la nullité du titre, et surtout la qualité singulière du juge arbitral. Contrairement au juge étatique, l'arbitre est choisi car la propriété intellectuelle constitue son domaine d'expertise ; ainsi, il n'y a pas la crainte qu'il annule de manière hasardeuse le titre de propriété intellectuelle, comme pourrait être le cas pour le juge[612].

Les arguments mis en avant dans le but de justifier l'effet *erga omnes* de la décision arbitrale annulant le titre témoignent de la difficulté de mise en œuvre de la solution retenue dans l'arrêt *Liv Hidravlika*. Conférer seulement un effet *inter partes* à la sentence d'annulation signifie que le titre sera inexistant entre les parties à l'arbitrage mais il restera valable à l'égard des tiers, ce qui est incohérent d'un point de vue logique. C'est la raison pour laquelle certains auteurs[613] se demandent si le droit français devrait accorder à la sentence arbitrale autorité de chose jugée et effet absolu ; sinon il est préférable de revenir à la seule compétence du juge pour connaître des questions relatives à la validité du titre. Nous allons revenir sur ce point ultérieurement[614].

314. ***L'absence problématique de l'autorité de la chose jugée***. Par ailleurs, selon la jurisprudence *Liv Hidravlika*, la décision arbitrale est privée d'autorité de la chose jugée, ce qui signifie que le juge français ou un autre arbitre peut se prononcer ultérieurement en sens contraire sur la question de la validité du titre, y compris dans une instance opposant les mêmes parties et ayant un autre objet. Or, une telle solution n'est pas conforme au principe de sécurité juridique.

La raison avancée afin d'expliquer l'absence d'autorité de la chose jugée tient au fait que la décision de l'arbitre concernant la validité du titre ne figure pas au dispositif de la sentence. Toutefois, cette raison ne semble pas convaincante, dans la mesure où *« la distinction entre*

---

[611] X. DE MELLO, « L'expérience des arbitres (ou l'« *espérance* » des arbitres) », *op. cit.*, p. 111.
[612] V. sur ce point M. VIVANT, « Cherche litige non arbitrable laborieusement », *op. cit.*, p. 13 et s. L'auteur invoque d'autres arguments. L'arbitrage procède d'une démarche volontaire, ce qui signifie que le titulaire du titre en décidant de soumettre le différend à l'arbitrage, il accepte que l'arbitre rende une décision définitive à propos de la validité du titre. En outre, la décision arbitrale fera, en cas de contestation, l'objet d'un *exequatur*, qui sera l'occasion de la contrôler.
[613] Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019 n° 654, p. 568.
[614] V. *infra*, n° 589 et s..

motifs et dispositif que connaît la procédure civile n'est pas exactement transposable en droit de l'arbitrage, étant donné que le formalisme des jugements ne s'impose pas aux arbitres »[615].

315. La jurisprudence française estime, depuis longtemps, que la sentence n'a pas l'obligation de comporter un dispositif et que, par conséquent, l'autorité de la chose jugée ne se concentre pas dans le dispositif de la sentence[616]. La cour d'appel de Paris a jugé dans un arrêt du 2 octobre 2012 qu' *« aucune disposition réglementaire n'impose que la sentence soit énoncée sous forme de dispositif en sorte que formant un tout, elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée relativement à l'ensemble des chefs de demande sur lesquels elle statue, fussent-ils évoqués dans les seuls motifs »*[617]. L'autorité de la chose jugée est, alors, attachée à la sentence en son entier, y compris dans ses motifs.

Nous poursuivrons, maintenant, l'étude de l'approche retenue dans des textes internationaux concernant l'attitude que doit adopter le juge compétent au fond, qui est saisi à titre incident d'une question relevant de la compétence exclusive d'un autre juge. Nous allons nous intéresser, à cet égard, à la solution retenue par certains textes visant cette fois différentes matières relevant d'une règle de compétence exclusive et non seulement la matière de propriété intellectuelle.

---

[615] T. AZZI, « Note – 28 février 2008, Cour d'appel de Paris (1er Ch. C) », *op. cit*., p. 181. V. aussi Ch. JARROSSON, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures*, 2007, étude 17, n° 12.

[616] Cass. civ. 2e, 25 mars 1999, Bull. civ. II, n° 57 ; *Rev. arb.*, 1999.311, note J.-B. RACINE. La Cour de cassation a considéré que *« l'article 1476 du nouveau Code de procédure civile, à la différence de l'article 480 du même Code relatif aux jugements, ne prévoit pas que l'autorité de chose jugée attachée à la sentence arbitrale implique que la contestation ait été tranchée dans un dispositif, et que l'article 1471 du nouveau Code de procédure civile, à la différence de l'article 455 du même Code relatif aux jugements, n'exige pas que la sentence arbitrale énonce la décision sous forme de dispositif »*. V. aussi CA Pau, 22 février 2011, en somm. in *Rev. arb.*, 2011.287, selon la cour d'appel de Pau, *« l'autorité de la chose jugée ne se concentre pas dans le dispositif de la sentence mais que partie du dispositif peut être disséminée dans les motifs »*.

[617] CA Paris, 2 octobre 2012, *Rev. arb*., 2013.439, note J.-B. RACINE. Comme le précise J.-B. Racine dans sa note, les règles françaises en matière de sentence arbitrale sont aux antipodes de celles applicables aux jugements étatiques, même si la sentence et le jugement sont qualifiés tous les deux d' « acte juridictionnel ». Nous rappelons que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé dans son arrêt du 13 mars 2009 que « *l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif* » (Cass., ass. plén., 13 mars 2009, *op. cit*.). Pourtant, la raison de cette différence *« en est que l'arbitrage est une justice à part entière, mais obéissant naturellement à des règles plus souples que la justice étatique. Il en va ainsi notamment parce que les arbitres ne sont pas des juges professionnels et qu'ils ne sont pas nécessairement des juristes »* (J.-B. RACINE, « Les arbitres ne sont pas soumis à l'obligation d'énoncer la sentence arbitrale sous forme de dispositif, note sous Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 2 octobre 2012 », *Rev. arb*. 2013, p. 447).

B. L'approche adoptée par des textes internationaux à propos de différentes matières relevant d'une règle de compétence exclusive

316. Nous examinerons trois textes négociés dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, à savoir l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale (1), la Convention sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005 (2) et la Convention sur les jugements étrangers en matière civile et commerciale du 2 juillet 2019 (3).

1. L'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale

317. ***La non-application des règles de compétence exclusive en cas de questions incidentes***. Comme nous l'avons mentionné auparavant[618], au début des années 1990, la Conférence de La Haye de droit international privé a commencé à travailler sur l'élaboration d'une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale. La tentative d'adoption d'une telle convention a finalement échoué en raison de l'absence de consensus des délégations sur de nombreux points. Il serait, pourtant, intéressant d'examiner l'approche retenue, par l'avant-projet de Convention de 1999[619] ainsi que le texte provisoire de 2001[620], lorsque la question relevant de la compétence exclusive d'un juge est soulevée à titre incident.

L'article 12 de l'avant-projet de Convention et du texte provisoire prévoit une série de compétences exclusives en matière immobilière, en matière de sociétés, de propriété intellectuelle[621] et de validité des inscriptions sur des registres publics – comme le RBI *bis*[622]

---

[618] V. *supra*, n° 60.

[619] L'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté par la Commission spéciale en 1999 est disponible en ligne à l'adresse suivante https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf

[620] Le texte provisoire sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale de la Conférence diplomatique est disponible en ligne à l'adresse suivante https://assets.hcch.net/docs/3e9441e5-7978-4b57-bee2-4c14d29f36f8.pdf

[621] À propos de la propriété intellectuelle, il n'y a pas eu de consensus quant à la question de savoir si les actions en contrefaçon des droits de propriété intellectuelle doivent être couvertes par la règle de compétence exclusive (v. *Avant-projet de Convention*, *op. cit.*, p. 69 ; *Texte provisoire*, *op. cit.*, p. 13).

[622] Contrairement au RBI *bis* et la Convention de Lugano, l'avant-projet de Convention et le texte provisoire ne prévoient pas une compétence exclusive en matière d'exécution des décisions. Cette compétence a été considérée comme superflue et évidente. Les délégués ont, alors, estimé qu'il n'était pas nécessaire de la prévoir. V. C. KESSEDJIAN, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence

et la Convention de Lugano. Toutefois, en vertu de l'article 12 §6 de l'avant-projet, les règles de compétence exclusive *« ne s'appliquent pas lorsque le tribunal est saisi de ces questions à titre incident »*.

318. Il est vrai que le paragraphe 6 est présenté entre crochets, en vue d'une discussion plus approfondie du problème dans le cadre de la Conférence diplomatique[623], mais l'idée d'une limitation de la portée des compétences exclusives est claire. Cette limitation s'explique par la scission du contentieux qui peut se produire, si la compétence exclusive est étendue aux cas où le juge est saisi de la question à titre incident. La compétence exclusive, *« pourrait obliger les parties à un différend, lorsqu'il porte principalement sur une question autre que celle pour laquelle la compétence exclusive est établie, à agir devant deux juridictions pour résoudre leur contentieux »*[624].

Selon le rapport de synthèse établi par C. Kessedjian, certains experts ont souligné, à propos de la matière de sociétés, que des questions incidentes relatives à la validité de la personne morale peuvent se poser devant les tribunaux saisis de la validité d'un contrat ou de toute autre action mettant en cause cette personne morale. Or, *« il serait alors très lourd d'exiger une suspension de l'instance jusqu'à temps que le tribunal exclusivement compétent, pour statuer sur la validité de la personne morale, se soit prononcé »*[625].

319. ***L'effet inter partes de la décision du juge statuant sur la question incidente : une solution peu satisfaisante***. Quant aux effets de la décision du juge se prononçant à titre incident sur la question tombant sous l'empire d'une compétence exclusive, le rapport explicatif de P. Nygh et F. Pocar précise que la décision a uniquement un effet *inter partes*, limité à la procédure en cours. *« Puisque la décision à titre incident n'a aucun effet envers les tiers et ne préjuge pas d'une décision différente qui pourrait être prise par le tribunal exclusivement*

juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 8 de novembre 1997), n° 45, le document est disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/934d6b0c-58e9-467a-9f1d-66cf96808824.pdf

[623] L'article 12 §6 du texte provisoire de 2001 de la Conférence diplomatique restreint la portée des compétences exclusives, en la limitant aux cas où le juge est saisi de la question à titre principal, seulement en matière de validité des titres de propriété intellectuelle.

[624] V. Rapport NYGH/POCAR, *op. cit.*, p. 70, disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf.

[625] C. KESSEDJIAN, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », *op. cit.*, p. 20.

compétent pour en connaître à titre principal, l'opportunité d'une compétence exclusive peut être mise sérieusement en doute »[626].

Cependant, ainsi que nous l'avons déjà souligné, il y a une divergence au sein des droits nationaux concernant les effets de la décision portant sur la question incidente[627] et la solution consistant à attribuer un effet *inter partes* à cette décision ne semble pas satisfaisante. En effet, si la décision du juge statuant à titre incident sur la propriété d'un immeuble ou la validité d'une société ou d'un titre de propriété intellectuelle n'a pas d'effet à l'égard des tiers, cela signifie que la question de propriété ou de validité peut toujours être rejugée par un autre juge dans le cadre d'un litige impliquant un tiers. Or, une telle solution porte atteinte au principe de la sécurité juridique et risque de conduire à des situations « boiteuses », dans la mesure où la société ou le titre annulé à titre incident dans les relations entre les parties, est considéré valable à l'égard des tiers. De la même façon, un droit réel n'a de sens que s'il est attribué avec effet *erga omnes*.

2. *La Convention sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005*

320. ***La possibilité pour le juge élu de connaître de questions incidentes portant sur une matière relevant de la compétence exclusive d'un autre juge***. Malgré l'échec de l'adoption d'une convention internationale sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, la Conférence de La Haye a décidé d'examiner la possibilité de parvenir à l'élaboration d'une convention mondiale portant sur les accords d'élection de for. Grâce aux travaux réalisés, une telle convention a été conclue le 30 juin 2005.

Selon l'article 2 §2 de la Convention[628], elle ne s'applique pas à un certain nombre de matières, dont la matière immobilière, la validité des sociétés et des droits de propriété intellectuelle ainsi que la validité des inscriptions sur des registres publics. L'exclusion de ces

---

[626] V. Rapport NYGH/POCAR, *op. cit*., p. 70, disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf. Dans le même sens, C. KESSEDJIAN, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », *op. cit*, p. 24 ; « Rapport de la réunion d'experts sur les aspects de la propriété intellectuelle de la future Convention-Jugements », Genève, février 2001 (Doc. prél. N° 13 d'avril 2001), p. 6, le rapport est disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/a0d56238-e421-4802-8a8b-d129d8fa1887.pdf

[627] V. *supra*, n° 297 et s..

[628] La Convention de la Haye du 30 juin 2005 peut être consultée à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/70dc7daa-05ad-407b-a159-64ef70ec2a0c.pdf

matières du champ d'application de la convention s'explique par le fait qu'elles font souvent l'objet d'une compétence exclusive qui ne peut être écartée par un accord d'élection de for.

321. Néanmoins, en vertu de l'article 2 §3, *« un litige n'est pas exclu du champ d'application de la présente Convention lorsqu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée seulement à titre préalable et non comme un objet du litige. En particulier, le seul fait qu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée à titre de défense n'exclut pas le litige du champ d'application de la Convention, si cette matière n'est pas un objet du litige ».*

Nous pouvons, alors, en déduire que la Convention joue, lorsque la matière exclue est débattue à titre incident. En d'autres termes, le juge désigné par les parties pourra connaître, par exemple, de la question concernant la propriété d'un immeuble ou portant sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle, lorsqu'elle est invoquée en cours d'instance, sans être obligé de surseoir à statuer. La solution retenue dans l'arrêt *GAT* de la CJUE semble, alors, être en décalage avec les dispositions de la Convention de La Haye du 30 juin 2005, dans la mesure où cette dernière permet de déroger à la compétence des juridictions du pays de l'enregistrement du titre.

322. ***Le renvoi au droit national pour la reconnaissance et l'exécution de la décision portant sur la question incidente***. En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution de la décision du juge statuant à titre incident sur une telle question, l'article 10 §1 précise que *« lorsqu'une matière exclue, en vertu de l'article 2 §2, a été soulevée à titre préalable, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention ».* La Convention n'impose pas la reconnaissance ou l'exécution de telles décisions, sans pourtant, interdire aux États contractants de les reconnaître et de les exécuter, en vertu de leur propre loi. Ceci s'explique par la divergence qui existe au sein des droits nationaux à propos des effets de ces décisions.

323. ***La reconnaissance et l'exécution du jugement portant sur la question principale***. Cependant, selon l'article 10 §2, la Convention permet aux tribunaux des États contractants de refuser la reconnaissance ou l'exécution des jugements fondés sur une décision incidente relative à une matière exclue en vertu de l'article 2 §2. Comme le souligne le rapport explicatif de T. Hartley et M. Dogauchi, *« cette exception ne devra bien entendu être utilisée que lorsque le tribunal requis serait susceptible de trancher la question préalable d'une manière*

différente »[629]. Même si l'article 10 §2 a pour objet d'autoriser et non de contraindre les tribunaux de l'État requis à refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement, *« cette exception paraît très large »*[630].

L'hypothèse visée est, notamment, celle où l'État requis dispose d'une compétence exclusive pour connaître de la question incidente et son juge l'aurait tranchée de manière différente s'il était saisi. Par exemple, imaginons que le juge élu, saisi valablement d'un litige contractuel, a dû à connaître à titre incident d'une question portant sur la propriété d'un immeuble situé dans un autre État contractant[631] ou d'une question relative à la validité d'une décision prise par les organes d'une société. La reconnaissance ou l'exécution du jugement, en ce qui concerne la question principale, c'est-à-dire l'action contractuelle, peut être refusée dans l'État du lieu de situation de l'immeuble ou l'État du siège de la société si son juge, doté d'une compétence exclusive en la matière, aurait tranché différemment la question incidente.

324. Étant donné que le domaine le plus probable de survenance d'une telle situation est celui de la propriété intellectuelle[632], le paragraphe 3 de l'article 10 soumet le refus de reconnaissance ou d'exécution à des conditions supplémentaires. Selon cette disposition, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement fondé sur une décision incidente relative à la validité d'un droit de propriété intellectuelle ne peut être refusée que si la décision sur la validité est incompatible avec un jugement rendu dans l'État d'enregistrement du droit.

En outre, la reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être différée si une procédure sur la validité du titre de propriété intellectuelle est pendante dans l'État d'enregistrement. Le tribunal requis peut, ainsi, surseoir à statuer dans la procédure de reconnaissance ou d'exécution dans l'attente de l'issue de la procédure sur la validité. Si le jugement sur la validité est compatible avec celui du tribunal d'origine, la reconnaissance ou l'exécution ne pourra être refusée en vertu de l'article 10.

---

[629] Rapport explicatif de T. HARTLEY et M. DOGAUCHI sur la Convention de la Haye du 30 juin 2005, *op. cit.*, p. 72, n° 197.
[630] *Ibid*.
[631] Le rapport de T. Hartley et M. Dogauchi vise l'hypothèse où le juge élu est saisi d'une demande d'indemnisation au titre de la violation d'un contrat de vente d'immeuble et il doit trancher à titre incident une question concernant la propriété de l'immeuble. Le litige relève bien du champ d'application de la Convention. (V. le rapport explicatif de T. HARTLEY et M. DOGAUCHI sur la Convention de la Haye du 30 juin 2005, *op. cit.*, p. 44, n° 67).
[632] Le juge élu est saisi, par exemple, d'un litige portant sur l'exécution d'un contrat de licence et doit statuer à titre incident sur la validité du titre de propriété intellectuelle.

Il ressort, alors, de l'article 10 §2 et §3 de la Convention, qu'elle n'interdit pas la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue par le juge élu, lorsque ce dernier s'est prononcé à titre incident sur une matière exclue relevant de la compétence exclusive d'un autre juge.

3. *La Convention sur les jugements étrangers en matière civile et commerciale du 2 juillet 2019 (Convention Jugements)*

325. ***La conclusion de la Convention Jugements***. La Conférence de La Haye a décidé, en 2011, de reprendre les travaux en matière civile et commerciale afin d'étudier la faisabilité d'un nouvel instrument international sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Ces travaux ont finalement abouti à la conclusion de la Convention du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale[633], ayant pour but de faciliter la circulation des jugements dans les États contractants.

Nous rappelons que la Convention n'est pas encore entrée en vigueur. Elle est signée, à présent, par trois États, l'Israël, l'Ukraine et l'Uruguay, mais l'Union européenne vise aussi à entamer un processus d'approbation de la Convention. Il n'est, pourtant, pas sans intérêt d'examiner l'approche retenue lorsque la question, tombant sous l'empire d'une règle de compétence exclusive, est soulevée à titre incident dans le cadre d'un litige dont l'objet principal échappe à la compétence exclusive.

326. ***Le champ d'application de la Convention Jugements***. Il convient aussi de rappeler qu'à l'instar de la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for, l'article 2 §1 de la Convention Jugements exclut certaines matières du champ d'application de la Convention, et notamment, la validité des sociétés ou des décisions prises par leurs organes, la validité des inscriptions sur les registres publics et la propriété intellectuelle. Mais, à la différence de la Convention sur les accords d'élection de for, la Convention de 2019 n'exclut pas de son domaine d'application la matière immobilière.

Son article 6 prévoit un chef indirect de compétence exclusive pour les jugements portant à titre principal sur les droits réels immobiliers. Selon cette disposition, un jugement portant à

[633] La Convention du 2 juillet 2019 est disponible en ligne à l'adresse suivante https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=137.

titre principal sur ce type de droits ne peut circuler en vertu de la Convention que s'il a été rendu par les tribunaux de l'État où se situe le bien immobilier[634]. S'il a été rendu par les tribunaux d'un autre État, il ne doit être reconnu ou exécuté ni en vertu de la Convention ni en vertu du droit national[635].

Quant à l'exclusion de la propriété intellectuelle du champ d'application de la Convention Jugements, elle signifie que la circulation des jugements portant à titre principal sur la validité ou la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle n'est pas régie par la Convention. Seuls le droit national ou d'autres instruments bilatéraux ou multilatéraux conclus par les États détermineront les conditions dans lesquelles ces jugements doivent être reconnus ou exécutés. Pourtant, la Convention s'applique aux contrats traitant de droits de propriété intellectuelle, tels que les contrats de licence[636].

327. ***La possibilité pour le juge d'origine de connaître de questions incidentes portant sur une matière relevant de la compétence exclusive d'un autre juge, à l'image de la Convention sur les accords d'élection de for.*** Dans ce contexte, il est intéressant de noter que l'article 2 §2 dispose qu' *« un jugement n'est pas exclu du champ d'application de la Convention lorsqu'une question relevant d'une matière à laquelle elle ne s'applique pas est soulevée seulement à titre préalable et non comme objet du litige. En particulier, le seul fait qu'une telle matière ait été invoquée dans le cadre d'un moyen de défense n'exclut pas le jugement du champ d'application de la Convention, si cette question n'était pas un objet du litige ».*

L'objet principal ou la question principale de la procédure désigne la matière sur laquelle la procédure porte directement et qui est principalement déterminée par la demande du plaignant. Les questions préalables ou incidentes doivent être réglées avant qu'une décision sur la

[634] Ainsi que nous l'avons mentionné auparavant, l'article 5 §3 de la Convention établit également un chef indirect de compétence exclusive pour la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur un bail immobilier d'habitation (v. *supra*, n° 62). Un tel jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté uniquement s'il a été rendu par un tribunal de l'État où est situé l'immeuble. Cependant, la reconnaissance ou l'exécution d'un tel jugement en vertu du droit national n'est pas exclue.

[635] Aux termes de l'article 15 de la Convention, cette dernière ne fait pas obstacle à la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement en application du droit national. L'application du droit interne est, pourtant, soumise à l'article 6 de la Convention. Le droit national ne peut être invoqué pour accorder la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement qui ne respecte pas le fondement exclusif de reconnaissance énoncé dans cette disposition. Autrement dit, si le jugement portant sur les droits réels immobiliers a été rendu par les juridictions d'un État autre que celui où se situe l'immeuble, il ne peut pas être reconnu ou exécuté en vertu du droit national.

[636] V. le rapport explicatif de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 15, n° 55.

demande du plaignant puisse être rendue. Ces questions préalables sont habituellement, mais pas toujours, introduites par le défendeur comme moyen de défense[637].

Il en ressort qu'à l'image de l'article 2 §3 de la Convention sur les accords d'élection de for l'article 2 §2 de la Convention Jugements envisage l'hypothèse où le tribunal d'origine a statué à titre incident sur une question concernant une matière exclue et relevant, alors, éventuellement de la compétence exclusive d'un autre juge. D'après le rapport explicatif de F.-J. Garcimartín Alférez et G. Saumier[638], la situation visée est celle, par exemple, où dans le cadre d'une action contractuelle (question principale), le tribunal pourrait avoir à déterminer à titre incident si le droit de propriété intellectuelle est valable ou dans une action en paiement de dividendes d'une société (question principale), le juge pourrait avoir à statuer à titre préalable sur la décision de l'assemblée générale des actionnaires approuvant ce paiement.

La circulation du jugement portant sur la question principale est bien régie par la Convention et il est susceptible d'être reconnue et exécutée[639] même si une question relevant d'une matière exclue est invoquée à titre incident. L'application des règles de la Convention est, ainsi, déterminée par l'objet principal de la procédure dans laquelle le jugement a été rendu.

328. ***Le renvoi au droit national pour la reconnaissance et l'exécution de la décision statuant sur la question incidente***. La Convention Jugements – en s'inspirant de l'article 10 de la Convention sur les accords d'élection de for – contient également une autre disposition qui est importante et traite des effets de la décision statuant sur la question incidente. Il s'agit de l'article 8 qui concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur des questions préalables, lorsque ces dernières intéressent soit une matière exclue du champ d'application de la Convention, soit la matière immobilière envisagée par l'article 6 et que le tribunal d'origine n'est pas le tribunal de l'État du *situs* mentionné dans cet article.

Le seul fait qu'une matière exclue ou relevant de l'article 6 suscite une question incidente n'empêche pas la reconnaissance ou l'exécution du jugement qui s'ensuit en vertu de la Convention, lorsque l'objet principal du litige entre dans son champ d'application. Cependant,

[637] V. le rapport explicatif de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 63-64, n° 279.
[638] Rapport explicatif de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 15, n° 56.
[639] À condition qu'il remplisse un des critères de compétence visés à l'article 5, qui prévoit les fondements de la reconnaissance et de l'exécution.

le paragraphe 1 de l'article 8 précise que la reconnaissance et l'exécution du jugement ne s'étend pas à la décision portant sur la question incidente.

Autrement dit, lorsqu'une question relevant de la matière immobilière[640] ou d'une matière exclue[641] du champ d'application de la Convention a été soulevée à titre préalable, la décision portant sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée selon les règles de la Convention ; elle relève du droit national. La Convention n'exige pas la reconnaissance des effets d'une telle décision, mais elle n'interdit pas aux États de la reconnaître et de l'exécuter en vertu de leur droit interne. Comme nous l'avons déjà souligné, cette approche s'explique par la divergence qui existe au sein des droits nationaux concernant les effets de ces décisions.

329. ***La reconnaissance et l'exécution du jugement portant sur la question principale***. Néanmoins, l'article 8 §2 permet aux États de refuser la reconnaissance et l'exécution du jugement en ce qui concerne la question principale, si et dans la mesure où, le jugement est fondé sur une décision incidente relative à la matière immobilière ou à une matière exclue en vertu de l'article 2 §1. Par exemple, le tribunal de l'État requis peut refuser de reconnaître un jugement portant sur l'exécution d'un contrat de licence, s'il est fondé sur une décision relative à la validité du titre de propriété intellectuelle.

C'est également le cas susmentionné d'un jugement portant sur une action en paiement de dividendes, qui statue, à titre préalable, sur la décision de l'assemblée générale des actionnaires approuvant ce paiement. Ainsi que nous l'avons précisé à propos de l'article 10 §2 de la Convention sur les accords d'élection de for, qui est identique à l'article 8 §2 de la Convention Jugements, l'hypothèse visée est, notamment, celle où l'État requis dispose d'une compétence exclusive pour connaître de la question incidente et son juge l'aurait tranchée de manière différente s'il était saisi[642].

---

[640] L'hypothèse visée est celle où la question relevant de la matière immobilière est soulevée à titre incident devant un autre tribunal que celui de l'État du *situs*. Par exemple, un jugement sur des dommages et intérêts rendu par l'État du lieu du domicile du défendeur a statué à titre préalable sur la propriété d'un immeuble situé dans un autre État ; la décision sur cette question préliminaire ne serait pas reconnue selon les règles de la Convention (v. Rapport explicatif de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 65, n° 286).

[641] C'est, par exemple, le cas d'un jugement portant sur la responsabilité des administrateurs, qui statue, à titre incident, sur la validité d'une décision de l'assemblée générale des actionnaires ; ou le cas d'un jugement portant sur l'exécution d'un contrat de licence, qui statue, à titre de question préalable, sur la validité du droit de propriété intellectuelle.

[642] V. *supra*, n° 323. Le rapport explicatif de F.-J. Garcimartín Alférez et G. Saumier souligne, à propos de l'article 8 §2 de la Convention, que *« le tribunal de l'État requis examine la teneur du jugement étranger et qu'il vérifie « si et dans [quelle] mesure » la décision relative à l'objet principal de la procédure est fondée sur la décision*

330. Il est, cependant, intéressant de noter que, contrairement à l'article 10 de la Convention sur les accords d'élection de for, l'article 8 de la Convention Jugements ne prévoit pas des conditions supplémentaires pour le refus de reconnaissance et d'exécution d'un jugement fondé sur une décision incidente relative à la validité d'un droit de propriété intellectuelle – alors que le projet de Convention de mai 2018 prévoyait de telles conditions à son article 8 §3[643]. Ceci s'explique probablement par l'absence de consensus des délégations sur ce point ; de façon générale, la circulation des jugements en matière de propriété intellectuelle a été longtemps débattue et des approches divergentes ont été exprimées par les États[644].

Dans ces circonstances, il faut rappeler[645] que la Convention Jugements a préféré exclure la matière de propriété intellectuelle de son champ d'application et ne pas protéger la compétence exclusive de l'État d'enregistrement lorsque le litige porte à titre principal sur la question de la validité du titre de propriété intellectuelle. En effet, l'article 6 du projet de Convention de 2018 établissait un chef indirect de compétence exclusive pour les jugements portant sur la validité du titre en admettant leur reconnaissance et exécution uniquement s'ils ont été rendus par l'État d'enregistrement. Or, cette disposition n'a pas été reprise par la Convention finalement conclue en 2019.

331. Après l'exposé de ces règles prévues dans la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for et la Convention Jugements, il convient de retenir que la première permet au juge élu de se prononcer à titre incident sur une question relevant de la compétence exclusive d'un autre juge soulevée en cours d'instance, sans être obligé de surseoir à statuer et quant à la

---

portant sur la question préalable, c'est-à-dire si une décision différente sur cette question préalable aurait abouti à un jugement différent. Autrement dit, le tribunal de l'État requis doit vérifier si la décision portant sur la question préalable fournit la base nécessaire sur laquelle le jugement est fondé » (v. Rapport explicatif de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 66, n° 287).

643 Le projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale de mai 2018 est disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/57415bc8-9c6c-43aa-af94-1e16e38550b1.pdf. L'article 8 §3 du projet prévoyait les mêmes conditions supplémentaires que l'article 10 §3 de la Convention sur les accords d'élection de for pour le refus de reconnaissance et d'exécution d'un jugement fondé sur une décision incidente relative à la validité d'un titre de propriété intellectuelle. C'est-à-dire un tel jugement ne peut être reconnu ou exécuté que si la décision sur la validité est incompatible avec un jugement rendu par l'État d'enregistrement ; ou si une procédure sur la validité du titre est pendante dans cet État. V. aussi Rapport explicatif de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 66, n° 290 et s.

644 V. sur ce point Rapport explicatif de F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et G. SAUMIER, *op. cit.*, p. 46 et s.. Des opinions divergentes ont été exprimées par les États quant à la circulation des jugements portant sur la contrefaçon des titres de propriété intellectuelle. Selon le projet de Convention de 2018 (article 5 §3), un tel jugement ne peut être reconnu ou exécuté en vertu de la Convention que s'il est rendu par l'État du lieu d'enregistrement du titre, sans pourtant, exclure sa reconnaissance en vertu du droit interne. Cette disposition n'a pas été retenue par la Convention finalement conclue en 2019.

645 V. *supra*, n° 65.

seconde, elle envisage clairement l'hypothèse où le juge d'origine statue sur une telle question. Toutes les deux conventions contiennent, cependant, des règles particulières concernant la reconnaissance et l'exécution d'un tel jugement, en permettant au tribunal de l'État requis de refuser la reconnaissance et l'exécution du jugement portant sur l'objet principal du litige et en renvoyant au droit national la question de la reconnaissance et de l'exécution de la décision statuant sur la question incidente.

En tenant compte de tous ces éléments, nous allons essayer de proposer une solution dans le cadre européen afin de résoudre le problème qui survient lorsque le juge d'un État membre est saisi à titre incident d'une question relevant de la compétence exclusive du juge d'un autre État membre.

III. La solution proposée dans le cadre européen

332. Il est vrai que la question de savoir si le juge compétent au fond peut statuer sur une demande incidente relevant de la compétence exclusive du juge d'un autre État membre en vertu de l'article 24 RBI *bis* constitue une question procédurale, qui doit être régie par le droit national de chaque État, conformément au principe de l'autonomie procédurale des États membres. Toutefois, la CJUE n'a pas hésité à se prononcer de manière uniforme sur des questions de procédure (A). Dans ces conditions, en s'inspirant de l'approche suggérée par T. Azzi en matière de propriété intellectuelle, nous allons proposer une solution alternative fondée sur la confiance mutuelle et la coopération qui pourrait être adoptée sur le plan européen (B).

A. La prise de position de l'Union européenne sur des questions de procédure

333. ***L'affaire Gothaer : l'extension de l'autorité de la chose jugée aux motifs du jugement.*** L'Union européenne a tendance à se prononcer sur des questions de procédure, lorsque l'effet utile des compétences prévues au RBI *bis* est en cause. La Cour de justice s'est,

en effet, prononcée sur une question de procédure dans son arrêt *Gothaer*[646], *« posant les premières pierres d'un régime autonome de l'autorité de chose jugée »*[647].

En l'espèce, le litige opposait la filiale allemande d'une société de transport maritime au propriétaire. Le contrat de transport contenait une clause attributive de juridiction désignant le juge islandais, mais le propriétaire a sollicité devant le juge belge la réparation d'un dommage, qui lui aurait été causé lors d'un transport de marchandises effectué entre la Belgique et le Mexique.

334. Le juge belge s'est déclaré incompétent, au motif que la clause attribuant compétence au juge islandais était valable au regard de la Convention de Lugano[648]. La victime a alors introduit une nouvelle action devant le juge allemand, qui, s'interrogeant sur la portée qu'il fallait reconnaître à la décision belge, il a décidé de surseoir à statuer et saisir la Cour de justice. La question posée était de savoir si le juge allemand était tenu de reconnaître le jugement belge – alors qu'il s'agissait d'un jugement d'incompétence[649] – et s'il était lié par la constatation relative à la validité de la clause attributive de juridiction, qui figure dans les motifs du jugement.

En d'autres termes, la question posée était de savoir si l'autorité de la chose jugée attachée à la décision belge devait être limitée au dispositif de la décision ou si elle devait s'étendre aux motifs du jugement, imposant ainsi au juge allemand de tenir pour valable la clause d'élection de for. En raison de la divergence qui existe au sein des droits nationaux à propos de cette question, la Cour de justice a estimé qu'il est préférable de régler directement la question de l'étendue de l'autorité de chose jugée sans passer par l'application de la loi de l'État d'origine ou celle de l'État requis.

Elle a jugé que l'autorité doit s'étendre aux motifs de la décision, en s'appuyant sur la notion d'autorité de la chose jugée du droit de l'Union, qui *« ne s'attache pas qu'au dispositif de la*

---

[646] CJUE, 15 nov. 2012, aff. C-456/11, *Gothaer et al. c/ Samskip*, *Procédures* 2013, comm. 71, obs. C. NOURISSAT ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 686, note M. NIOCHE.

[647] M. NIOCHE, « Reconnaissance d'une décision étrangère d'incompétence prise sur le fondement d'une clause attributive de juridiction », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 686.

[648] La Convention de Lugano, à laquelle est partie la République d'Islande, comporte, à son article 23, une disposition équivalente à celle de l'article 23 RBI relatif aux prorogations conventionnelles de compétence.

[649] La Cour de justice a répondu à cette question en affirmant que la décision d'incompétence est une « décision » susceptible de reconnaissance en vertu du RBI (point 22 de l'arrêt et suivants).

décision juridictionnelle en cause, mais s'étend aux motifs de celle-ci, qui constituent le soutien nécessaire de son dispositif et sont, de ce fait, indissociables de ce dernier »[650] (points 40 et 41 de l'arrêt) [651].

335. En outre, selon la Cour de justice, il serait contraire au principe de la confiance réciproque si la juridiction de l'État membre requis examine de nouveau la validité de la clause attributive de juridiction, qui a été constatée par le juge de l'État membre d'origine. L'avocat général avait, aussi, observé dans ses conclusions que le nouvel examen de la question de validité de la clause par le juge requis serait de nature à affecter la prévisibilité des règles de compétence du RBI et à porter atteinte au principe de sécurité juridique, ainsi qu'au principe de prohibition de la révision au fond de la décision étrangère[652].

Il est vrai que la solution retenue dans l'arrêt *Gothaer* n'intéresse pas directement la portée des compétences exclusives ; elle concerne le cas particulier des décisions d'incompétence et notamment la question de l'étendue de l'autorité de chose jugée de ces décisions[653]. Pourtant, elle n'est pas dépourvue d'intérêt dans le cadre de notre étude, puisqu'elle montre que la Cour de justice peut se prononcer sur des questions de procédure, malgré le principe d'autonomie procédurale des États membres, lorsque l'effet utile des règles de compétence européennes est en cause. Il est, alors, concevable que la Cour ou le législateur européen se prononce sur la question de la portée des compétences exclusives en présence de demandes incidentes, dans la mesure où elle constitue une question procédurale.

---

[650] V. CJCE 1er juin 2006, *P&O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya c/ Commission*, aff. C-442/03 P et C-471/03 P, point 44 ; CJUE 19 avr. 2012, *Artegodan c/ Commission*, aff. C-221/10 P, point 87, *RTD eur*. 2012. 598, obs. L. COUTRON.

[651] Selon le point 41 de l'arrêt, « *une décision par laquelle la juridiction d'un État membre a décliné sa compétence sur le fondement d'une clause attributive de juridiction, au motif que cette clause est valide, lie les juridictions des autres États membres tant en ce qui concerne la décision d'incompétence de cette juridiction, contenue dans le dispositif de sa décision, qu'en ce qui concerne la constatation relative à la validité de cette clause, contenue dans les motifs de cette décision, qui constituent le soutien nécessaire de ce dispositif* ».

[652] V. Conclusions de l'avocat général M. Yves BOT présentées le 6 septembre 2012, points 77-78.

[653] Comme le remarque M. Nioche, l'arrêt *Gothaer « ne se limite pas aux décisions d'incompétence fondées sur une clause attributive de juridiction. Il régit, de façon plus générale « la reconnaissance des décisions des juridictions des États membres déclinant leur compétence en vertu du règlement n° 44/2001, qui sont prises [...] en application de règles communes de compétence (point 42 de l'arrêt) »* (M. NIOCHE, « Reconnaissance d'une décision étrangère d'incompétence prise sur le fondement d'une clause attributive de juridiction », *op. cit.*, p. 686). L'avocat général avait également souligné que « *la décision par laquelle la juridiction d'un État membre a statué sur sa compétence après avoir examiné la validité et la portée d'une clause attributive de juridiction n'est pas, dans le système de reconnaissance et d'exécution prévu par le règlement nº 44/2001, une décision comme les autres et doit, eu égard à son particularisme, produire un effet extraterritorial spécifique, uniforme et autonome* » (v. concl. de l'avocat général M. Yves BOT, *op. cit.*, point 66).

336. Par ailleurs, la Cour a retenu dans son arrêt *Gothaer* que l'autorité de chose jugée du jugement d'incompétence doit être reconnue non seulement au dispositif de la décision, mais aussi aux motifs de celle-ci – et notamment aux motifs déclarant valable une clause attributive de juridiction conclue entre les parties. Or, cette solution est susceptible de concerner d'autres types de jugements et éventuellement les jugements se prononçant à titre incident sur une question couverte par l'article 24 RBI *bis*[654], étant donné que l'arrêt *Gothaer* s'inscrit, *« dans un double mouvement d'uniformisation progressive du droit processuel européen et de recul concomitant de l'autonomie procédurale des États, laquelle se retrouve, dans l'espace judiciaire européen, peu à peu réduite à peau de chagrin »*[655].

Il est vrai que le RBI *bis* ne comporte pas de précision s'agissant de l'autorité de la chose jugée des décisions dont il favorise la reconnaissance, qu'il s'agisse de l'autorité négative – obstacle au renouvellement du procès – ou de l'autorité positive de chose jugée – obligation de tirer les conséquences juridiques du jugement et résolution des contradictions de jugements[656]. Cependant, le fait que l'autorité de la chose jugée constitue un effet attaché à la reconnaissance d'un jugement régi par le règlement plaide en faveur d'une européanisation de l'autorité de la chose jugée.

Il faut aussi prendre en compte le lien qui existe entre litispendance et autorité de la chose jugée, dans la mesure où il s'agit, dans les deux cas, d'éviter la contrariété des décisions. Selon G. Cuniberti et S. Ménétrey, si l'on admet que la litispendance et l'autorité de la chose jugée

---

654 Nous rappelons que la décision du juge statuant sur la question incidente soulevée au cours du procès peut figurer aux motifs du jugement.

655 M. NIOCHE, « Reconnaissance d'une décision étrangère d'incompétence prise sur le fondement d'une clause attributive de juridiction », *op. cit*., p. 686.

656 M.-L. NIBOYET, « Les règles de procédure : l'acquis et les propositions. Les interactions entre les règles nationales de procédure et les « règles judiciaires européennes » », in M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 292. La CJUE a jugé dans son arrêt *De Wolf* qu'une action entre les mêmes parties et ayant le même objet qu'une action déjà jugée par une juridiction d'un autre État membre était contraire au système de reconnaissance mis en place par la convention de Bruxelles, sans pourtant, apporter des précisions sur la définition de l'autorité de la chose jugée ou la portée qu'il convient de lui assigner (CJCE 30 nov. 1976, *Jozef de Wolf c/ Harry Cox BV*, aff. C-42/76). Dans son arrêt *Hoffmann c/ Krieg* (CJCE 4 févr. 1988, *Hoffmann c/ Krieg*, aff. C-145/86), elle a laissé entendre que *« les questions relatives au régime de l'autorité de la chose jugée d'un jugement rendu dans un premier État membre et reconnu dans un second sont en principe soumises au droit de l'État dans lequel le jugement a été rendu pour ce qui est de la portée de la chose jugée et, s'agissant des conditions procédurales de l'exception de chose jugée - en particulier la question de savoir si le juge doit ou non relever celle-ci d'office - à celui de l' État où l'une des parties tentera de renouveler le procès »* (R. DI NOTO, « Règlement Bruxelles I : à propos de la reconnaissance et de l'autorité de la chose jugée d'une décision nationale d'incompétence », note ss CJUE 15 nov. 2012, *Gothaer*, aff. C. 456/11, www.gdr-elsj.eu). Mais avec son arrêt *Gothaer*, elle a posé les fondements de la construction d'une notion européenne autonome d'autorité de la chose jugée.

sont les deux faces d'une même médaille, la jurisprudence de la Cour de justice sur la définition de la litispendance pourrait avoir d'incidence sur la définition de l'autorité de la chose jugée[657].

B. Une solution alternative fondée sur la confiance mutuelle et la coopération

337. ***La solution proposée par T. Azzi en matière de propriété intellectuelle***. Quant à l'attitude que doit adopter le juge saisi à titre incident d'une question relevant de la compétence exclusive du juge d'un autre État membre au sens de l'article 24 RBI *bis*, T. Azzi[658] propose une solution intermédiaire – par rapport à celle retenue dans l'arrêt *GAT* consistant à imposer au juge de surseoir à statuer et celle retenue dans l'arrêt *BVG* laissant entendre que le juge peut toujours se prononcer sur une telle question, sans rien dire sur les effets de sa décision.

La solution proposée concerne la matière de propriété intellectuelle ; elle vise l'hypothèse où le juge est appelé à statuer à titre incident, en cours d'instance, sur la validité d'un brevet étranger[659]. Mais nous pouvons l'étendre avec certains ajustements à d'autres matières visées par des règles de compétence exclusive, c'est-à-dire la matière immobilière, la validité des sociétés et des décisions prises par leurs organes, ainsi que la validité des inscriptions sur des registres publics[660].

---

[657] S. MÉNÉTREY, G. CUNIBERTI, « Saisie conservatoire en France sur des biens gelés par une injonction *Mareva* chypriote : le (faible) jeu de l'autorité de chose jugée », *Rev. crit. DIP* 2019, p. 215. La CJUE, dans son arrêt *Gubish*, a retenu une définition autonome de la notion d'identité d'objet en matière de litispendance, qui se caractérise par une conception large visant à étendre autant que possible le champ d'application de l'exception de litispendance pour éviter tout risque de contrariété des décisions. Selon cet arrêt, il ne faut pas s'arrêter à la seule identité formelle des demandes mais rechercher s'il y a identité d'objet des litiges ; ainsi, une demande en exécution d'un contrat de vente et une demande en annulation de ce contrat ont le même objet, puisque la demande d'exécution du contrat a pour but de rendre celui-ci efficace, tandis que la demande d'annulation ou de résolution a précisément pour but de lui ôter toute efficacité, de sorte que la force obligatoire du contrat se trouve au centre des deux litiges (CJCE 8 déc. 1987, *Gubisch Maschinenfabrik c/ Palumbo*, aff. 144/86, *Rev. crit. DIP* 1988. 370, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1988. 537, obs. A. HUET). V. aussi P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Conclusions d'un internationaliste », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, p. 204 : *« on peut se demander si l'interprétation autonome donnée par la Cour européenne de Luxembourg de la règle de la triple identité dans le cadre de la litispendance européenne ne devrait pas exercer une influence sur la triple identité telle qu'elle doit jouer dans le cadre du RBI [bis] »*.

[658] T. AZZI, « Les conflits de procédures », in *Droit international privé et propriété intellectuelle : un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, C. Nourissat et E. Treppoz (dir.) 2010, p. 215.

[659] La situation visée suppose qu'il n'y a pas un jugement déjà rendu dans l'État membre d'enregistrement portant sur la validité du titre, ni une procédure pendante sur cette question dans cet État.

[660] Nous avons, toutefois, noté que l'hypothèse où le juge est saisi à titre incident d'une question portant sur la validité de l'inscription d'un registre public étranger (tenu dans un autre État membre) semble rare, car la compétence exclusive établie dans cette matière concerne un contentieux très spécifique, celui de la validité formelle des inscriptions sur des registres publics impliquant la mise en œuvre des règles du droit public de l'État en cause. Ainsi, une telle question n'est pas susceptible d'être posée devant le juge d'un État autre que celui dans lequel le registre est tenu (v. *supra*, n° 165 et p. 205, note n° 558).

338. ***Accorder une marge de manœuvre au juge initialement saisi***. Selon T. Azzi, il faut laisser un large pouvoir d'appréciation au juge compétent au fond – juge de la contrefaçon – en renforçant les échanges qu'il peut avoir avec les juridictions et les services administratifs de l'État de délivrance du titre de propriété intellectuelle[661]. Le juge peut, ainsi, se prononcer lui-même lorsque la validité du titre n'est pas douteuse ; en revanche, si les arguments avancés sur la nullité du titre sont pertinents, il doit surseoir à statuer et impartir un délai[662] au défendeur pour agir en annulation devant les tribunaux du pays de délivrance[663]. Si le défendeur ne respecte pas le délai, le procès reprendrait son cours et la nullité du titre ne pourrait plus être invoquée auprès du juge de la contrefaçon.

Il est clair que cette approche part de l'idée que le juge compétent au fond ne peut pas statuer sur la nullité du titre étranger en raison des considérations tirées du respect de la souveraineté de l'État de délivrance. Nous avons, pourtant, expliqué dans le chapitre précédent que l'intervention de la souveraineté étatique en matière de validité des titres de propriété intellectuelle est contestée, ce qui affaiblit la justification de la compétence exclusive du pays d'enregistrement[664].

339. ***Une solution caractérisée par une certaine souplesse***. Il est vrai qu'accorder une marge d'appréciation au juge n'exclut pas le risque de la dispersion du contentieux, au cas où le juge décide de surseoir à statuer, et peut être source d'arbitraire. Mais il s'agit d'une solution

---

[661] T. AZZI, « Les conflits de procédures », *op. cit*., p. 223. Les « European Max Planck Group Principles on Conflit of Law in Intellectual Property » (CLIP Principles), encouragent aussi la coopération entre les tribunaux en matière de propriété intellectuelle, v. article 2 : 704 CLIP Principles, *op. cit*..

[662] Le règlement 2017/1001 sur la marque de l'Union européenne prévoit une possibilité analogue à son article 128 §7. Dans le cadre d'une action en contrefaçon d'une marque européenne, lorsque le défendeur excipe de la nullité de la marque, le tribunal des marques de l'Union européenne a une compétence exclusive pour statuer sur la demande reconventionnelle mais il peut aussi surseoir à statuer et inviter le défendeur à présenter une demande en nullité auprès de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle. À cet égard, le tribunal fixe un délai ; si celui-ci n'est pas respecté, la demande reconventionnelle est censée avoir été retirée. Nous allons examiner ultérieurement ce système juridictionnel mis en place en matière de marques de l'Union, qui constituent des titres unitaires. V. *infra*, n° 643 et s..

[663] La même solution a été proposée en droit français de l'arbitrage international par certains auteurs : E. LOQUIN, note sous. Paris, 3 février 1992, *RTD com.*, 1993, p. 293 ; J.-L. DELVOLVÉ, « L'instance arbitrable », *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994, p. 41 ; G. BONET et Ch. JARROSSON « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit français », *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994, p. 70.

[664] V. *supra*, n° 146 et s.. L'idée selon laquelle l'octroi du titre de propriété intellectuelle par l'État constitue un acte de souveraineté est contestable, puisque la délivrance et l'enregistrement du titre est un acte formel ayant une valeur déclarative permettant de vérifier que les conditions matérielles de la protection sont remplies (en ce sens, F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit.* ; J. RAYNARD, « L'exclusivité du juge du titre », *op. cit.* ; M. VIVANT, « Cherche litige non arbitrable laborieusement », *op. cit.* ; J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, *op. cit*.).

marquée par une certaine plasticité, qui semble préférable à celle qui oblige systématiquement le juge à surseoir à statuer en attendant la décision du juge étranger[665].

Par ailleurs, comme nous l'avons mentionné dans la section précédente, en cas de sursis à statuer, au lieu d'imposer aux parties un délai pour mieux se pourvoir, nous pourrions imaginer la mise en place, sur le plan européen, d'un mécanisme de coopération entre les juges des États membres, leur permettant de se poser mutuellement des questions préjudicielles, à l'image du système de coopération qui permet aux juges nationaux de poser de telles questions à la CJUE. Le juge saisi pourrait, ainsi, transmettre directement la question au juge compétent et attendre sa réponse, sans que les parties aient à le saisir elles-mêmes. Cette procédure pourrait être moins chronophage et la décision rendue par le juge exclusivement compétent pourra être reconnue et prise en considération dans le jugement que le juge initialement saisi va prononcer[666].

340. ***La possibilité d'étendre la solution à d'autres matières intéressées par des règles de compétence exclusive***. La solution proposée par T. Azzi peut être étendue à d'autres matières visées par des règles de compétence exclusive et notamment à la matière de sociétés, visant l'hypothèse où le juge est saisi à titre incident de la question de validité d'une société établie dans un autre État membre ou d'une décision prise par ses organes. Elle peut aussi être transposée en matière immobilière, si nous supposons que le juge tranche la question incidente portant sur un droit réel à propos d'un immeuble situé dans un autre État membre, lorsqu'il estime qu'elle ne soulève pas de difficulté sérieuse.

341. ***Les défauts de la solution***. Cependant, cette solution présente certains inconvénients. D'une part, elle ne semble pas satisfaisante en matière de propriété intellectuelle, car si la

[665] Nous avons déjà mis en avant les avantages d'une solution souple dans la section précédente à propos de la portée des compétences exclusives en présence des demandes invoquées au cours du procès, lesquelles ne sont pas couvertes par l'article 24 RBI *bis* (v. *supra*, n° 261 et s.). Il convient de souligner que, de façon générale, le droit européen attribue parfois une marge d'appréciation au juge saisi ; c'est le cas de l'arrêt *Solvay* que nous avons examiné, selon lequel le juge de la contrefaçon peut refuser de prendre une mesure provisoire d'interdiction de contrefaçon s'il estime qu'il existe une chance raisonnable et non négligeable que le brevet invoqué soit annulé par le juge compétent (v. *supra*, n° 292 et s.).

[666] Nous avons remarqué que ce mécanisme est analogue à celui mis en place par le RBII *ter* en matière de responsabilité parentale. Par ailleurs, il convient de noter qu'en procédure civile française, lorsqu'un juge est saisi à titre incident d'une question relevant de la compétence exclusive d'un autre juge, il doit former une question préjudicielle auprès de la juridiction compétente (v. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHANAIS, L. MAYER, *Procédure civile, op. cit*., p. 237 et s.). Cette solution concerne l'ordre juridique français mais elle pourrait être transposée dans le cadre de l'espace judiciaire européen, en se fondant sur la bonne volonté des États membres, la confiance mutuelle, et l'esprit de coopération. Ces principes permettent de surmonter les différents obstacles d'ordre technique qui peuvent surgir lors de la mise en œuvre d'un tel mécanisme, comme nous l'avons souligné auparavant (v. *supra*, n° 263).

validité d'un brevet européen est en cause et le juge décide de surseoir à statuer, l'éparpillement du contentieux est inévitable, étant donné que le brevet européen, une fois délivré, se scinde en un faisceau de titres nationaux. D'autre part, cette approche laisse entendre que la décision du juge, statuant à titre incident sur la validité d'un titre de propriété intellectuelle ou d'une société ou même sur un droit réel immobilier, aura seulement un effet *inter partes*[667].

Les tiers pourront, alors, soit agir en nullité du titre ou de la société soit contester le droit réel. Or, ainsi que nous l'avons précisé, il est incohérent de raisonner en termes de validité ou nullité *inter partes* pour les titres de propriété intellectuelle ; ceci vaut également pour les sociétés, ainsi que les décisions portant sur un droit réel immobilier qui n'ont pas de sens que si elles ont un effet *erga omnes*. La limitation des effets de la décision peut conduire à un risque de contrariété des décisions et à des situations « boiteuses »[668].

342. ***La faculté accordée au juge de statuer sur la question incidente en appliquant la loi étrangère pertinente***. En prenant en compte ces éléments et en s'inspirant de la solution suggérée par T. Azzi, nous pouvons en proposer une autre, afin de résoudre le problème qui survient lorsque le juge d'un État membre est appelé à connaître à titre incident d'une question relevant de la compétence exclusive du juge d'un autre État membre en vertu de l'article 24 RBI *bis*.

L'idée serait de laisser au juge une marge d'appréciation, en renforçant la coopération entre les tribunaux. Plus précisément, le juge compétent au fond pourra statuer sur la question incidente s'il considère que celle-ci ne soulève pas une difficulté sérieuse ; dans le cas contraire, il va surseoir à statuer et accorder un délai aux parties pour saisir le juge exclusivement compétent ou poser directement une question préjudicielle auprès de celui-ci. Si le délai n'est pas respecté, la procédure serait poursuivie et la demande reconventionnelle serait considérée comme retirée.

[667] Une solution analogue a été proposée lorsque l'arbitre est saisi à titre incident de la question de validité d'un titre de propriété intellectuelle. Mais, cette solution n'élimine pas le risque de contrariété des décisions, car le titre validé par l'arbitre peut être annulé par le juge dans une instance ultérieure. Il faut rappeler qu'un tel risque existe aussi en droit français, lorsque différents juges sont amenés à se prononcer sur la validité d'un même brevet, puisque le jugement qui admet la validité du titre n'a pas un effet absolu, ce qui signifie que les tiers peuvent agir ultérieurement en nullité du titre (Cass. com., 5 mai 1987, *Bull.*, IV, n° 107 ; *PIBD*, 1987, n° 417, III).
[668] V. *supra*, n° 309 et n° 319.

Dans ces circonstances, le juge initialement saisi en appliquant la loi étrangère appropriée[669] pourra statuer sur le droit réel immobilier en cause ou prononcer soit la validité soit même la nullité de la société étrangère, d'une décision prise par ses organes ou du titre de propriété intellectuelle étranger. Nous avons démontré dans le chapitre précédent[670] que les considérations tirées du respect de la souveraineté étatique ne sont pas finalement très fortes dans ces matières et ne permettent pas de justifier l'édiction d'une compétence exclusive.

343. ***L'effet erga omnes et l'extension de l'autorité de la chose jugée à la décision incidente***. La décision incidente du juge portant sur le droit réel ou prononçant la nullité de la société étrangère ou du titre étranger sera dotée de l'autorité de la chose jugée, même si elle peut figurer dans les motifs du jugement et aura un effet *erga omnes*, sous réserve qu'elle soit reconnue et exécutée dans l'État membre visé à l'article 24 RBI *bis* – nous avons expliqué les inconvénients de la limitation des effets de la décision entre les parties, ainsi que les problèmes qui résultent si la décision est privée de l'autorité de chose jugée[671] [672]. Nous rappelons que la CJUE n'a pas hésité à se prononcer sur une question procédurale dans son arrêt *Gothaer* et décider l'extension de l'autorité de chose jugée aux motifs du jugement.

344. ***La nécessité de préserver la bonne application de la loi étrangère afin d'assurer la reconnaissance et l'exécution du jugement étranger.*** Il est, toutefois, vrai que la décision du juge étranger statuant sur la question incidente aura forcément un impact dans l'État membre désigné par l'article 24 RBI *bis* en raison de l'existence dans cet État des registres où les droits

---

669 Ainsi que nous l'avons précisé auparavant (v. *supra*, n° 209), l'hypothèse visée est celle où la règle de conflit de lois du juge saisi désigne la loi de l'État dont les intérêts sont en cause.

670 V. *supra*, n° 142 et s..

671 V. *supra*, n° 309 et s., à propos de la sentence arbitrale. Si on reconnaît seulement un effet *inter partes* à la décision d'annulation, la question incidente pourra être rejugée par un autre juge dans le cadre d'un litige impliquant un tiers. Or, ceci est susceptible de conduire à un risque de contrariété des décisions et à la naissance des situations boiteuses. Par ailleurs, il est incohérent d'un point de vue logique de considérer qu'une société ou un droit de propriété intellectuelle est inexistant entre les parties et valable à l'égard des tiers ou l'inverse. Il est aussi incohérent et contraire à la sécurité juridique d'attribuer à la décision statuant sur un droit immobilier uniquement un effet *inter partes* ; une telle décision n'a de sens que si elle est rendue avec effet *erga omnes* – l'existence d'un droit subjectif ne doit pas varier en fonction de la personne à qui il est opposé. En outre, si la décision n'est pas dotée d'autorité de la chose jugée, rien n'interdit de débattre à nouveau sur la question incidente dans le cadre d'une instance ultérieure opposant les mêmes parties mais ayant un autre objet ; c'est notamment le cas d'une action intentée devant le juge exclusivement compétent entre les mêmes parties mais portant cette fois à titre principal sur cette question. Il est évident que cela est contraire au principe de la sécurité juridique et de la prévisibilité.

672 La remarque sur l'extension de l'autorité de la chose jugée aux motifs du jugement vaut également dans le cas examiné dans la section précédente, concernant l'hypothèse dans laquelle le juge exclusivement compétent est appelé à statuer en cours d'instance sur une question non couverte par l'article 24 RBI *bis* (v. *supra*, n° 261 et s.). Sa décision sur la question incidente doit être dotée d'autorité de la chose jugée, même si elle peut figurer dans les motifs du jugement.

en cause sont inscrits – est surtout visée l'hypothèse où le juge statue à titre incident sur l'existence d'un droit réel immobilier ou prononce la nullité de la société étrangère ou du titre de propriété intellectuelle étranger.

À cet égard, ainsi que nous l'avons déjà mentionné[673], il est possible d'envisager dans le cadre européen la mise en place d'un mécanisme fondé sur la confiance mutuelle et la coopération entre les États membres permettant d'assurer la bonne application de la loi étrangère, afin de garantir la possibilité de reconnaissance et d'exécution du jugement étranger. Autrement dit, il faut inciter le dialogue entre les juridictions, pour que le juge compétent au fond puisse consulter l'avis de son homologue, lorsque la mise en œuvre de la loi étrangère s'avère être une tâche difficile.

La bonne application de la loi peut aussi être préservée à travers le mécanisme de l'ordre public international lors de la reconnaissance et de l'exécution de la décision étrangère dans l'État membre visé à l'article 24 RBI *bis*, – nous avons développé ce point dans le chapitre précédent[674]. Il semble, néanmoins, préférable de procéder à la vérification de l'application appropriée de la loi avant le stade de la réception du jugement dans l'État requis, afin d'éviter un refus de reconnaissance et d'exécution.

[673] V. *supra*, n° 216 ; v. aussi *infra* n° 768 et s., n° 829.

[674] V. *supra*, n° 208 et s.. Il est aussi intéressant de noter à propos de la matière de propriété intellectuelle que selon B. Ubertazzi, les effets des jugements étrangers sur la mise à jour des registres nationaux devraient être déterminés non pas en limitant *ex ante* les effets des jugements, mais plutôt selon les méthodes habituelles du DIP relatives à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, c'est-à-dire l'ordre public international. Ainsi, les tribunaux nationaux devraient être autorisés à refuser de reconnaître un jugement étranger sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle national chaque fois que ce jugement est contraire à l'ordre public (v. B. UBERTAZZI, *Exclusive jurisdiction in intellectual property*, Mohr Siebeck, 2012, p. 257 et s.).

Conclusion du Chapitre I

345. Dans ce premier chapitre de la Partie II, nous avons analysé les problèmes pratiques qui peuvent surgir en cours d'instance lors de la mise en œuvre des règles de compétence exclusive prévues à l'article 24 RBI *bis*. La portée des compétences exclusives peut, en effet, soulever des difficultés dans deux hypothèses, à savoir lorsque des demandes non couvertes par l'article 24 sont formées au cours du procès devant le juge exclusivement compétent et lorsque le juge compétent au fond est appelé à statuer sur une demande incidente relevant de cet article.

Le morcellement du contentieux peut entraîner des lenteurs et des complications dans la procédure en cours, nuisant à la bonne administration de la justice. C'est la raison pour laquelle nous avons proposé, concernant la première hypothèse, l'attribution d'une compétence facultative au profit du juge exclusivement compétent pour connaître de la question posée en cours d'instance, à condition que celle-ci présente un lien avec la demande principale.

346. Quant à la seconde hypothèse, nous avons suggéré de laisser au juge saisi un pouvoir d'appréciation à propos de la question de savoir s'il peut trancher la demande incidente, tout en renforçant les échanges entre les tribunaux. Il s'agit de solutions qui sont caractérisées par une grande souplesse et sont préférables à celle qui consiste à imposer systématiquement au juge de surseoir à statuer.

Nous allons poursuivre l'étude des différents problèmes pratiques qui émergent lors de la mise en œuvre des compétences exclusives, en nous intéressant à la prise en compte des compétences exclusives des États tiers extérieurs à l'UE et aux conflits de compétences exclusives qui se rencontrent notamment en matière de sociétés.

Chapitre II - La prise en compte de la compétence exclusive étrangère

347. ***Rappel***. Avant de commencer à étudier la façon dont les compétences exclusives des États tiers sont prises en compte, il est important de rappeler qu'au sein de l'espace judiciaire européen, l'article 24 RBI *bis* énumère une liste exhaustive des compétences exclusives. Lorsque le critère de rattachement retenu par le texte est situé sur le territoire d'un État membre, le juge de ce dernier bénéficie d'une compétence exclusive en la matière. Toute autre compétence exclusive prévue par le droit national des États membres ne peut être prise en considération dans les relations intra-européennes. Nous avons précisé que les règles de l'article 24 s'appliquent indépendamment du domicile des parties et déploient des conséquences tant dans l'instance directe[675] qu'au niveau des effets des jugements[676].

348. Nous allons, à présent, nous intéresser à la façon dont le droit national (Section I) et le droit européen (Section II) prennent en considération les compétences exclusives des États tiers. Autrement dit, nous allons étudier l'impact de la compétence exclusive étrangère sur celle du juge du for. À cet égard, il est nécessaire de distinguer selon que la compétence du for se fonde sur le droit national ou le droit européen.

Cette distinction est nécessaire, car – comme le relève L. Usunier – le droit européen soulève des interrogations particulières liées à sa source multilatérale ; *« si les règles communautaires organisent les rapports des États qu'elles lient avec les autres États, leur universalité est en pratique limitée par le fait qu'elles ne lient qu'un nombre limité d'États »*[677]. Par conséquent, la question qui va se poser, dans ce cas, sera de savoir si les juridictions d'un État membre peuvent décliner la compétence qui leur est attribuée par une règle communautaire au profit d'un État extérieur à l'UE.

---

[675] Elles ne peuvent, en effet, être écartées ni par la volonté commune des parties ni par une comparution volontaire du défendeur et le juge d'un État membre saisi d'une demande relevant de la compétence exclusive du juge d'un autre État membre doit décliner d'office sa compétence. Il semble aussi que les règles relatives à la litispendance et la connexité doivent être écartées lorsque le juge saisi en second lieu est investi d'une compétence exclusive en vertu de l'article 24.

[676] Quant aux effets dans l'instance indirecte, la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue dans un État membre doit être refusée si elle méconnaît l'une des règles de compétence exclusive de l'article 24. Le droit national de la régularité internationale des jugements étrangers se trouve également affecté, car en désignant le juge d'un État membre comme exclusivement compétent pour certains litiges, l'article 24 conduit, sur le fondement du droit national, à l'irrégularité du jugement rendu dans un État tiers dans la matière visée.

[677] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale, op. cit.*, p. 320, n° 372.

Section I : La prise en considération des compétences exclusives des États tiers en droit national

349. ***Le contexte visé***. L'hypothèse visée, ici, est celle où le RBI *bis* n'est pas applicable – car le défendeur est domicilié hors l'UE – et la compétence du for est fondée sur le droit national. L'article 24 RBI *bis* ne désigne pas les juridictions d'un État membre de l'UE, mais le litige porte sur une matière dans laquelle la compétence du juge étranger apparaît exclusive au regard de règles de compétence internationale du for. Il convient de rappeler que dans le cadre de notre étude, nous examinons les compétences exclusives fondées sur le principe de souveraineté, qui sont établies en matière civile et commerciale[678].

Imaginons, par exemple, l'hypothèse où le juge français, saisi sur le fondement de l'article 14 du Code civil d'un litige relatif à un contrat de licence sur un brevet argentin impliquant une société française et une société argentine, est amené à se prononcer sur la question de la validité du brevet étranger. Nous pouvons aussi imaginer l'hypothèse où le juge français, saisi sur un autre fondement, est invité à statuer sur le sort d'un immeuble situé dans un État tiers.

350. Dans ces conditions, se pose la question de savoir comment le juge du for doit réagir face à une telle situation. Un mécanisme de coordination des ordres juridiques est indispensable afin d'éviter notamment la survenance d'un conflit de jugements. En l'absence d'un instrument international, un tel mécanisme doit être mis en place unilatéralement par l'État du for. Il y a, à cet égard, deux approches qui sont envisageables, à savoir la bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for (§1) ou le recours à une méthode plus souple permettant une meilleure prise en considération de la règle de compétence étrangère (§2).

§1 La bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for : une méthode inappropriée

351. La bilatéralisation des chefs de compétence exclusive du for – appelée aussi « effet réflexe » du droit national – est une méthode qui se rencontre dans les droits de tradition civiliste et se traduit en droit français par la mise en place des règles d'incompétence absolue des tribunaux nationaux (I).

[678] V. *supra*, n° 66 et s..

G. Droz et H. Gaudemet-Tallon ont plaidé pour une prise en compte de la compétence tierce, dans des circonstances particulières, sous l'angle d'une théorie appelée « effet réflexe ». L'idée est la suivante : la compétence exclusive est considérée comme une exception à la compétence de principe *actor sequitur* et cette exception est justifiée lorsque le rattachement se produit dans un État tiers[679]. Il faut alors faire jouer un « effet réflexe » au profit de l'État tiers. Cette méthode ne semble, cependant, pas être une technique satisfaisante, dans la mesure où elle ne permet pas une véritable prise en considération de la compétence étrangère (II).

I. La mise en place des règles d'incompétence par effet réflexe du droit national

352. ***La prise en compte de la compétence étrangère dans les droits de tradition civiliste***. Il se peut qu'à l'occasion d'un litige, le juge du for est amené à apprécier sa compétence en tenant compte non seulement de ses propres éléments de rattachement avec le litige, mais aussi, du fait que d'autres juges peuvent s'estimer compétents pour connaître du différend en vertu de leurs propres règles de compétence – c'est le cas des exemples énoncés précédemment. Dans les droits de tradition civiliste, une telle démarche apparaît exceptionnelle. Ce sont principalement les mécanismes de règlement des conflits de procédures qui permettent au juge saisi de prendre en considération la compétence d'un juge étranger ; mais, les exceptions de litispendance et de connexité supposent que la juridiction étrangère soit déjà saisie et compétente d'après ses règles de compétence directe. Or, dans les hypothèses visées, ces mécanismes ne semblent pas adaptés, dans la mesure où il est possible que le juge de l'État tiers ne soit pas déjà saisi du litige.

353. ***Les règles d'incompétence absolue établies en droit français : la reconnaissance de la compétence exclusive étrangère par effet réflexe du droit national***. Il y a, pourtant, des mécanismes qui obligent le juge du for à décliner sa compétence, si le litige touche aux intérêts fondamentaux d'un État étranger. Nous avons déjà mentionné qu'en droit français, les juges nationaux sont incompétents, même en vertu des articles 14 et 15 du Code civil, lorsque l'immeuble est situé à l'étranger[680]. Selon l'arrêt *Weiss*[681], ces dispositions ne s'appliquent pas

[679] G. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne*, Dalloz, 1972, n° 164 et s. ; G. DROZ « La Convention de San Sébastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano », *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 1, spéc. p. 14 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », in *Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff 1996, p. 85.
[680] V. *supra*, n° 29.
[681] Civ. 1re 27 mai 1970, *Weiss*, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 113, note H. BATIFFOL.

aux *« actions réelles immobilières et demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger »*, ainsi qu'aux *« demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France »* [682].

Dans la même logique, l'arrêt *Nagalingampoullé*[683] énonce la règle d'incompétence absolue des juridictions françaises à propos de la dévolution successorale des immeubles situés à l'étranger. Si la compétence des juridictions françaises est évincée, c'est qu'une compétence exclusive est reconnue au juge étranger dans les matières visées en procédant à une bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for.

Mais, il convient d'observer, ainsi que le souligne L. Usunier, qu'il s'agit plutôt des règles d'incompétence internationale que des hypothèses de prise en considération de la compétence étrangère, *« puisqu'elles obligent le juge du for à se dessaisir dès lors que la compétence des juridictions étrangères apparaît exclusive à l'aune des règles de l'État du for, sans qu'il y ait à vérifier le moins du monde que l'État étranger attribue également compétence exclusive à ses juridictions »*[684]. Autrement dit, ces règles d'incompétence se contentent de projeter les conceptions françaises de façon catégorique, sans consulter effectivement le droit étranger.

354. ***La raison d'être des règles d'incompétence***. L'existence de ces règles s'explique par la volonté de respecter la souveraineté étrangère, étant donné que la compétence du juge étranger est fondée sur des considérations d'intérêt général. Nous avons, toutefois, démontré précédemment que le principe de souveraineté ne suffit pas à justifier pleinement les compétences exclusives établies en matière civile et commerciale. La raison d'être de ces règles d'incompétence réside surtout dans la crainte du juge du for de mal appliquer la loi étrangère dans une matière sensible et de rendre finalement une décision contraire à l'ordre public international de l'État étranger[685].

---

[682] Le juge français avait déjà refusé de statuer sur la demande en nullité d'une saisie ordonnée par un juge étranger relativement à un bien situé à l'étranger (Civ. 12 mai 1931, *Compagnie française de navigation Cyprien Fabre, DP* 1933. 1. 60, note SILZ). Nous avons, pourtant, mentionné que la Cour de cassation a admis, implicitement, la compétence du juge français pour connaître de la validité d'une saisie pratiquée à l'étranger (Civ 1re 22 juin 1999, n° 96-22546, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 42, note. G. CUNIBERTI), V. *supra*, n° 158.

[683] Civ. 5 juill. 1933, *Nagalingampoullé, S.* 1934. I. 337, note NIBOYET ; *D.* 1934. I. 133, note SILZ.

[684] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale, op. cit.*, p. 315, n° 367.

[685] V. *supra*, n° 81.

II. Les défauts de la méthode de bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for

355. ***La faiblesse de la méthode de bilatéralisation.*** Cependant, cette méthode de bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for, qui oblige systématiquement le juge à se dessaisir sans vérifier que le juge étranger se considère exclusivement compétent, n'est pas satisfaisante. Comme le dit F. Mailhé, *« si la raison d'être de l'exception à la compétence des juridictions du for est la revendication de la compétence exclusive tierce, la seule manière efficace de l'appréhender est de la prendre en compte in concreto et non en bilatéralisant, simplement, les cas de compétence exclusive française »*[686]. Tous les droits ne connaissent pas les mêmes règles de compétence exclusive et même si un chef de compétence exclusive est admis à peu près universellement – comme celui qui est établi en matière immobilière – il ne bénéficie pas nécessairement de la même étendue dans tous les droits.

356. ***Un exemple illustratif de la faiblesse de la méthode de bilatéralisation***. En effet, s'agissant de la matière réelle immobilière, nous avons déjà précisé que dans certains États, l'autorité en charge de la publicité foncière ne contrôle pas la validité des actes et la réalité des droits enregistrés[687]. En revanche, dans d'autres États, l'autorité administrative ou judiciaire, qui est en charge de la publicité foncière, exerce un contrôle préalable de la validité des inscriptions[688].

Dans ces circonstances, si le juge du for est amené à se prononcer, dans le cadre du litige qui lui est soumis, sur le sort d'un immeuble situé dans un État tiers et ce dernier adopte le premier système de publicité foncière, le fait pour le juge de statuer sur le sort de l'immeuble litigieux ne semble pas porter atteinte à la souveraineté étrangère, puisque sa décision n'apparaît pas comme une immixtion dans le fonctionnement du service public étranger. Son dessaisissement n'est pas alors obligatoire. Mais, si l'État étranger du lieu de situation de l'immeuble adopte le second système de publicité foncière, le dessaisissement du juge du for apparaît obligatoire.

Il semble, ainsi, préférable de recourir à une méthode alternative plus souple permettant au juge du for d'apprécier l'opportunité de son dessaisissement selon les circonstances de l'espèce.

---

[686] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, *op. cit.*, n° 774.
[687] V. *supra*, n° 142. C'est le cas, par exemple, du droit français.
[688] C'est, notamment, le cas dans certains droits de *common law* (B. ZIFF, *Principles of property law*, 2e éd. Carswell, Scarborough, Ontarion, 1996, p. 410 et s.) et du droit allemand (S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du DIP*, LGDJ, Paris 2003, n° 81 et s.).

§2 Le recours à une méthode alternative

357. La méthode rigide et aveugle de la bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for n'est pas la seule option envisageable afin de permettre au juge du for de tenir compte de la compétence exclusive des juridictions étrangères. En s'inspirant des droits de *common law* (I), il est possible de recourir à un mécanisme alternatif laissant au juge le soin d'apprécier l'opportunité de son dessaisissement et assurant finalement une meilleure prise en considération de la règle de compétence étrangère (II).

I. L'approche retenue par les droits de *common law*

358. ***La technique du forum non conveniens***. Il convient de rappeler[689] que dans les droits de *common law*, la coordination des ordres juridiques est permanente, dans la mesure où la doctrine du *forum non conveniens* permet au juge du for de se dessaisir lorsqu'une juridiction étrangère également compétente apparaît mieux placée pour connaître du litige.

Cette technique est fondée sur la volonté de prendre en compte la compétence du juge étranger, puisque le juge du for dispose de la faculté de renoncer à sa compétence, s'il lui semble opportun de faire prévaloir la compétence que la juridiction étrangère se voit attribuer par ses propres règles de droit international privé. Il s'agit d'une méthode de prise en considération de la compétence étrangère, qui peut être mise en place unilatéralement par l'ordre juridique du for. Il est évident qu'elle se distingue des mécanismes civilistes de règlement des conflits de procédures, qui ne permettent de tenir compte de la compétence d'une juridiction étrangère que dans le cas où cette dernière est simultanément saisie.

359. ***L'approche du droit anglais en cas d'implication des intérêts fondamentaux d'un État étranger***. Il est, pourtant, important de souligner qu'en droit anglais, les juges refusent de prendre en compte des facteurs d'intérêt public dans le cadre de la doctrine du *forum non conveniens*[690]. Ainsi, lorsque le litige porte sur une matière teintée de considérations d'intérêt général d'un État étranger, les juges anglais préfèrent recourir à des mécanismes spécifiques en

[689] V. *supra*, n° 35 et s..
[690] Selon le point de vue anglais, l'exception de *forum non conveniens "cannot be sustained…on grounds of public interest or public policy that the litigation should be conducted elsewhere…".* Lord Hope of Craighead in *Schalk Willem Burger Lubbe and Others v. Cape Plc*, [2001] ILPr 12, 140, 157, at 162, No. 51 (HL 2000).

vue d'assurer le respect des intérêts fondamentaux d'États étrangers. Il existe, en effet, des règles qui limitent la compétence internationale des juridictions anglaises en les privant de *subject matter jurisdiction* et en les obligeant de se dessaisir, lorsque l'affaire concerne un droit réel relatif à un immeuble situé à l'étranger[691] ou la validité d'un droit intellectuel étranger[692].

360. ***L'approche du droit américain en cas d'implication des intérêts fondamentaux d'un État étranger***. En droit américain, les juridictions ne se sentent pas obligées de se dessaisir dès lors que le litige met en cause les intérêts fondamentaux d'un État étranger[693]. Les juges apprécient l'opportunité d'un éventuel déclinatoire de compétence, en utilisant la méthode de la balance des intérêts étatiques – c'est-à-dire en comparant les intérêts respectifs de l'État du for et de l'État étranger à trancher le litige – ou la technique du *forum non conveniens*.

Contrairement au droit anglais, le droit américain permet de tenir compte des facteurs d'intérêt public dans le cadre de la doctrine du *forum non conveniens*. Comme le relève A. von Mehren, *« the principal difference between the general approach of courts in the United Kingdom and the United States is that public concerns can play a decisive role in the United States while in the United Kingdom they play no role unless they can be seen as private concerns »*[694].

361. ***Le caractère flexible des mécanismes utilisés dans les droits de common law***. Force est de constater que dans les droits de *common law*, et surtout en droit américain, la technique du *forum non conveniens* et la méthode de la balance des intérêts étatiques, qui permettent de tenir compte d'une compétence exclusive étrangère fondée sur le principe de souveraineté, se caractérisent par une plus grande souplesse par rapport à la méthode de la bilatéralisation des

---

[691] *British South Africa Co v. Companhia de Moçambique* [1893] AC 602 ; *Deschamps v. Miller* [1908] 1 Ch 856 ; *Hespereides Hotels Ltd v. Muftizade* [1979] AC 508, [1978] 2 All ER 1168.

[692] *Tyburn Productions Ltd v. Conan Doyle* [1991] Ch 75 ; *Pearce v. Ove Arup Partnership Ltd* [1999] 1 All ER 769 (CA). L'étendue de cette incompétence des juridictions anglaises n'est pas très claire. La décision *Tyburn Productions Ltd v. Conan Doyle* concernait tous les litiges portant sur un droit de propriété intellectuelle étranger, alors que la décision *Pearce v. Ove Arup Partnership Ltd* a limité l'incompétence du juge anglais aux litiges dans lesquels la validité du droit intellectuel était en cause. Selon certains auteurs, cette solution n'est pas satisfaisante, il leur semble préférable de soumettre ce type de litige à la doctrine du *forum non conveniens* (P. M. NORTH, J. J FAWCETT, *Cheshire and North's Private International Law*, 13e éd., Butterworths, Londres, 1999).

[693] Selon certains auteurs américains, il n'est pas souhaitable d'obliger systématiquement les juges d'un État à se déclarer incompétents dès lors que le litige touche aux intérêts fondamentaux d'un autre État (v. not. R. BRAND, *« Current Problems, Common Ground, And First Principles : Restructuring The Preliminary Draft Convention Text »* in J. J. Barceló, K. M. Clermont (dir.), *A Global Law Of Jurisdiction And Judgments : Lessons from the Hague*, Kluwer, La Haye, 2002, p. 75, spéc. p. 103-104).

[694] A. T. von MEHREN, *Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: a comparative study of the doctrine, policies and practices of common and civil-law systems*, RCADI, 2002, vol. 295, p. 318.

règles de compétence exclusive du for et reposent sur une véritable prise en considération de la norme de compétence étrangère.

Le juge américain, et dans une moindre mesure le juge anglais, dispose d'un large pouvoir modérateur ou régulateur qui lui permet de renoncer à sa compétence grâce notamment à la doctrine du *forum non conveniens* alors que le juge civiliste et, en particulier, le juge français a besoin d'une règle d'incompétence, jurisprudentielle à défaut d'être textuelle, qui ne lui laisse aucune marge de manœuvre.

II. Un mécanisme alternatif permettant une meilleure prise en considération de la règle de compétence étrangère

362. À l'instar de solutions retenues dans les droits de *common law*, lesquelles attribuent au juge une faculté de dessaisissement discrétionnaire, on peut se demander s'il est possible d'accorder la même faculté au juge lorsqu'est en cause la compétence exclusive d'un État tiers. Ce système permettra d'apporter un correctif à la méthode de bilatéralisation des chefs de compétence exclusive du for, qui oblige systématiquement le juge du for à décliner sa compétence (A). Nous pouvons identifier une illustration du mécanisme proposé au sein de la jurisprudence française (B).

A. L'attribution au juge d'une faculté de dessaisissement : le concept correcteur apportée à la méthode de bilatéralisation des compétences exclusives du for

363. ***La prise en compte du point de vue du juge étranger***. Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, la technique de bilatéralisation des compétences exclusives du for oblige le juge à se dessaisir sans vérifier que l'État étranger donne effectivement compétence exclusive à son juge. L'idée, ici, serait de mettre en œuvre un mécanisme par lequel le juge du for ne déclinerait sa compétence qu'après avoir vérifié que le juge étranger s'estime seul compétent pour résoudre le litige.

Il ne semble, toutefois, pas possible d'obliger le juge du for à se dessaisir lorsqu'un juge étranger est doté d'une compétence exclusive d'après ses propres règles de droit international privé, car cela reviendrait à appliquer les règles de compétence exclusive étrangères, et non seulement à les prendre en considération. Il n'est « *pas concevable que la saisine des tribunaux*

d'un pays dépende du point de vue des législations étrangères »[695]. Il n'est, cependant, pas nécessaire d'appliquer le droit étranger, c'est-à-dire donner effet à sa règle, afin de le prendre en compte. Il peut suffire de le prendre en considération, en utilisant une règle étrangère dans la mise en œuvre des règles de compétence du for.

364. ***Le caractère facultatif du dessaisissement du juge***. Comme le précise L. Usunier, pour que le juge du for renonce à sa compétence internationale, *« il faut à la fois qu'un ordre juridique étranger revendique une compétence exclusive et que cette revendication apparaisse légitime à l'ordre juridique du for »*[696]. Dans ces conditions, l'auteure propose de rendre le dessaisissement du juge facultatif lorsque la juridiction étrangère bénéficie d'une compétence exclusive inconnue du juge du for ; ce dernier restera libre de ne pas se dessaisir si la compétence exclusive étrangère lui apparaît illégitime.

Il est vrai que cette solution peut sembler problématique en termes de sécurité juridique, dans la mesure où elle repose sur l'appréciation par le juge de la légitimité des revendications de compétence exclusive étrangères. Mais, elle permet de tenir compte de l'ensemble des compétences exclusives étrangères, étant donné que, comme nous l'avons noté auparavant, tous les droits ne connaissent pas les mêmes règles de compétence exclusive.

365. ***Le caractère obligatoire du dessaisissement du juge sauf exception***. En outre, selon L. Usunier[697], le dessaisissement du juge du for serait obligatoire lorsque le juge étranger est doté d'une compétence exclusive d'après les règles de l'État du for. Le juge du for pourrait, cependant, refuser de décliner sa compétence dans le cas où le juge étranger ne dispose pas, d'après son propre système de droit international privé, d'une compétence exclusive.

Il faudrait aussi tenir compte des possibilités d'exécution de la décision à venir du juge du for dans l'État étranger, car ce dernier peut ne pas s'attribuer compétence exclusive mais refuser de reconnaître la décision du juge du for, pour contrariété de celle-ci à l'ordre public par exemple. Cette approche, qui rejoint la méthode de référence à l'ordre juridique compétent

[695] Y. LEQUETTE, « Renvoi », *Rép. dr. int*., n° 59.
[696] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale, op. cit*., p. 337, n° 394.
[697] *Ibid*.

proposée par P. Picone[698], permet de prendre en considération l'ordre juridique étranger dans son entier et non seulement de ses règles de compétence.

366. Il est intéressant de noter que s'agissant du droit national français, F. Mailhé propose d'intégrer dans le raisonnement du juge le critère de l'intérêt à agir, lequel permettra de tenir compte de la revendication de compétence exclusive de l'État tiers[699]. Selon l'auteur, il est possible de considérer que le demandeur manque d'intérêt à agir, lorsqu'il saisit le juge français, alors qu'il est indiscutable que le jugement à rendre n'aura aucun effet sur sa situation juridique, car la décision n'a aucun espoir de se voir exécutée à l'étranger. Dans cette hypothèse, l'action est inutile et l'intérêt à agir fait défaut, puisque *« l'intérêt est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux »*[700].

Cela est, par exemple, le cas lorsque l'action portée devant la juridiction française vise à protéger un droit réel sur un immeuble situé dans un État tiers, alors que ce dernier accorde une compétence exclusive à ses juridictions en la matière. Le jugement rendu en France sera sans conséquence concrète, car l'État étranger, dans lequel il devra nécessairement s'exécuter, ne pourra jamais en tenir compte du fait de l'exclusivité de ses tribunaux. L'intérêt à agir fait défaut, dans la mesure où la solution du juge français est purement intellectuelle, sans aucune portée. La prise en considération de l'ordre juridique dans son entier permettra d'évaluer l'impact concret de la décision française sur la situation juridique du demandeur et finalement l'existence d'un intérêt à agir. Ainsi, une fin de non-recevoir sur la compétence peut être soulevée pour défaut d'intérêt à agir[701].

---

[698] P. PICONE, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI 1986, t. 197 et *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, RCADI 1999, t. 276. Selon P. Picone, il faut consulter l'ordre juridique avec lequel la situation se rattache de manière prépondérante afin de s'assurer de l'effectivité de la décision à venir.

[699] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, *op. cit,* n° 776 et s..

[700] H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judicaire privé*, t. I, n° 226, Sirey 1961-1990 ; v. aussi S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, n° 128, Dalloz, 2019.

[701] F. Mailhé souligne que la distinction entre fin de non-recevoir et exception de procédure ne suit pas une parfaite dichotomie fond/procédure et cette dernière ne paraît pas adaptée aux situations internationales – il est vrai que la question de la compétence est considérée comme un problème de procédure mais le refus de reconnaissance à l'étranger développe des effets substantiels bien plus que procéduraux (F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, *op. cit*., n° 782). La doctrine a déjà proposé de recourir à la notion d'intérêt à agir pour sanctionner les saisines abusives du juge français, c'est-à-dire traiter l'abus de choix du for par le biais du caractère légitime de l'intérêt à agir (H. MOTULSKY, « Procédure civile et commerciale », *Rép. D. Int*. 1969, n° 118 ; E. CORNUT, « *Forum shopping* et abus du choix du for en droit international privé », *JDI* 2007, p. 27, spéc. p. 45 ; D. COHEN, « Contentieux d'affaire et abus de *forum shopping* », *D.* 2010, p. 975 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Les résistances à la technique du *forum non conveniens* », *IJPL-RIDP*, 2012, 1, p. 180, spéc. p. 191s). Cependant, cette approche ne permet pas de prendre en compte le risque de non-reconnaissance du jugement étranger dans le for ni le risque que l'action à l'étranger ne soit pas tranchée dans un délai raisonnable.

367. ***La méthode de bilatéralisation des chefs de compétence exclusive du for corrigée***. Le système d'attribution au juge d'une faculté de dessaisissement, vise à ajouter à la solution, admise majoritairement en matière civile et commerciale et consistant à bilateraliser les règles de compétence exclusive du for conduisant au dessaisissement automatique du juge, une exception, permettant de prendre en compte le point de vue de l'ordre juridique étranger et vérifier si le juge étranger s'estime ou non exclusivement compétent. Cela permettrait finalement au juge du for de se dessaisir et renvoyer le litige à un autre juge mieux placé par une sorte de *forum non conveniens* civiliste, si ce dernier est effectivement doté d'une compétence exclusive, d'après ses propres règles de compétence, ou refuser de décliner sa compétence dans le cas contraire.

368. ***Les modalités du dessaisissement***. Quant aux modalités concrètes du dessaisissement, nous pouvons nous inspirer de la proposition formulée par le Groupe européen de droit international privé (GEDIP), à propos de la prise en considération des compétences exclusives des États tiers dans le cadre européen[702]. Certes, cette proposition concerne le droit de l'Union et non pas le droit national mais nous allons voir que les enjeux dans ces systèmes à propos de la prise en compte des compétences exclusives tierces ne sont pas très différents.

Il est, ainsi, permis de considérer que le juge du for peut surseoir à statuer, pour que le point de vue de l'ordre juridique étranger puisse être pris en compte et la compétence exclusive étrangère puisse être vérifiée. Le sursis à statuer va se muer en un dessaisissement obligatoire après la vérification de ces éléments et lorsque la juridiction de l'État tiers rend une décision susceptible de reconnaissance et d'exécution dans l'État du for afin d'éviter d'exposer les parties à un risque de déni de justice, à moins que le juge de l'État du for ne soit amené à connaître du litige dans le cas où il apparaîtrait que le tribunal de l'État tiers ne statuerait pas dans un délai raisonnable – cette condition relève du droit à un procès équitable.

Ces modalités peuvent aussi être mises en place pour les hypothèses où le dessaisissement est facultatif en cas de compétences exclusives tierces inconnues du for. Le sursis à statuer permettra, dans ce cas, de vérifier que la compétence étrangère est légitime ; il sera transformé en dessaisissement définitif après cette vérification et lorsque le juge de l'État tiers rend un

[702] Il s'agit d'une solution inspirée de la proposition normative formulée par le GEDIP lors de sa réunion à Bergen en 2008 à propos de la prise en considération des compétences exclusives des États tiers dans le cadre européen (www.gedip-egpil.eu, 18e réunion, Bergen, 19-21 sept. 2008, compte-rendu des séances de travail).

jugement susceptible de reconnaissance et d'exécution dans l'État du for, sauf si le juge de ce dernier est amené à trancher le litige, s'il estime que l'action à l'étranger ne sera pas tranchée dans un délai raisonnable.

B. Une illustration du système proposé tirée de la jurisprudence française en matière de successions

369. ***La bilatéralisation des chefs de compétence exclusive du for en matière de successions immobilières***. Afin d'illustrer ces propos, nous pouvons évoquer la jurisprudence française qui a suivi, en matière de successions immobilières internationales, un chemin se rapprochant du système proposé. Il convient de préciser que la jurisprudence que nous allons présenter n'est plus en vigueur, étant donné que la matière des successions internationales est aujourd'hui entièrement réglée par le droit européen[703], mais il n'est pas sans intérêt de la mentionner à titre d'exemple pour illustrer le mécanisme suggéré.

La dévolution successorale des immeubles *sis* à l'étranger était traditionnellement exclue de la compétence des tribunaux français. Comme nous l'avons précisé auparavant, l'arrêt *Nagalingampoullé* avait affirmé cette règle d'incompétence absolue des juridictions françaises, en reconnaissant une compétence exclusive au juge étranger dans la matière par bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for. Or, une série d'arrêts étaient venus tempérer cette règle.

370. ***Le renvoi admis en la matière et son impact à la compétence du juge français***. Les arrêts *Ballestrero*[704], *Wildenstein*[705] et *Riley*[706] ont accueilli le renvoi de la loi du lieu de situation de l'immeuble à la loi de la succession laissant, pourtant, perplexe quant à la compétence. L'arrêt *Ballestrero* paraissait accueillir le renvoi purement et simplement, sans limitation particulière. Pourtant, l'arrêt *Wildenstein* et surtout l'arrêt *Riley* ont, par la suite,

---

[703] Règlement (UE) N° 650/2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Le règlement consacre un rattachement unitaire des successions, au profit de la compétence et de la loi de l'État de la dernière résidence habituelle du défunt quelle que soit la nature mobilière ou immobilière des biens.

[704] Civ. 1ère, 21 mars 2000, *Ballestrero*, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 399, note B. ANCEL ; *JDI* 2001, p. 505, note M. REVILLARD ; *D.* 2000, p. 539, obs. F. BOULANGER.

[705] Civ. 1ère, 20 juin 2006, *Wildenstein*, *JDI* 2007, p. 125, note H. GAUDEMET-TALLON ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 383, note B. ANCEL ; *D.* 2007, p. 1710, note P. COURBE.

[706] Civ. 1ère, 11 févr. 2009, *Riley*, *JDI* 2009, p. 567, note H. PÉROZ ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 512, note B. ANCEL ; *D.* 2009, p. 1658, note G. LARDEUX ; *Dr. et pat*. 2009, n° 107, note M.-E. ANCEL.

restreint son domaine en l'admettant seulement au cas où il assure l'unité successorale, c'est-à-dire l'application d'une même loi aux meubles et aux immeubles.

371. ***La jurisprudence Tassel***. Il semblait que, dans ces décisions, la Cour de cassation considérait, implicitement, que le juge français devenait, par l'effet du renvoi, compétent pour traiter de l'immeuble situé à l'étranger. La confirmation est venue par l'arrêt *Tassel*[707], selon lequel le juge français est compétent, par l'effet du renvoi de la loi du *situs* à la loi française[708], pour régler l'ensemble de la succession, y compris l'immeuble *sis* à l'étranger, à l'exception des opérations juridiques et matérielles découlant de la loi réelle de situation de l'immeuble[709].

372. ***La prise en considération concrète du point de vue du droit étranger : le correctif apporté à la méthode de bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for***. Cet exemple permet de démontrer que dans une matière où l'État du for reconnaît la compétence exclusive du juge étranger par effet réflexe du droit national, le juge du for peut prendre en considération le point de vue de l'ordre juridique étranger et refuser finalement de se dessaisir après avoir vérifié que le juge étranger ne se considère pas exclusivement compétent en la matière.

---

[707] Civ. 1ère, 23 juin 2010, *Tassel*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 53, note B. ANCEL (deux arrêts) ; *JDI* 2010, p. 1263, note H. PÉROZ ; *D.* 2010, p. 2955, note L. D'AVOUT. En l'espèce, le défunt était de nationalité française et son dernier domicile était situé en Espagne. La succession comprenait divers meubles, un appartement situé en Espagne et un appartement situé en France. Le juge français était compétent pour connaître de la succession tant mobilière en vertu de l'article 14 du Code civil – le demandeur était de nationalité française – qu'immobilière en raison de la situation d'un immeuble en France.

[708] L'immeuble litigieux était situé en Espagne. La loi de cet État applicable à la dévolution successorale des meubles, en tant que loi du dernier domicile, et à la dévolution successorale de l'immeuble situé en Espagne, en tant que loi du lieu de situation, renvoyait à la loi française, loi nationale du défunt. Ce renvoi était admis, car il assurait l'unité successorale – la dévolution successorale de l'immeuble situé en France était régie par la loi française. La solution serait la même si l'immeuble était *sis* dans un État tiers dont la loi renvoyait en la matière à la loi française.

[709] Afin de comprendre cette réserve, il faut distinguer entre le partage *lato sensu* – la division abstraite de l'universalité patrimoniale – et le partage *stricto sensu* – la mutation de propriété des éléments individuels d'actif pouvant impliquer la vente en justice de certains d'entre eux. En matière immobilière, le partage *lato sensu* ne se distingue pas de la dévolution successorale de l'immeuble et relève de la compétence du juge saisi pour la succession. En revanche, le partage *stricto sensu* implique les modalités concrètes de transfert de propriété de l'immeuble situé à l'étranger et peut justifier l'intervention du juge étranger de situation de l'immeuble s'il se déclare impérativement compétent ou apparaît manifestement mieux placé pour la mise en œuvre du transfert de propriété. Le partage *lato sensu* relève de la loi successorale, qui définit et organise le transfert du patrimoine aux ayants droits, mais la *lex rei sitae* peut revendiquer ponctuellement son application cumulative lorsqu'elle impose des formalités ou prévoit l'intervention d'autorités quant à la mise en œuvre du transfert (v. L. D'AVOUT, « Les successions internationales et la détermination du juge le mieux placé pour en connaître », *D.* 2010, p. 2955 ; B. ANCEL, « Du juge compétent et du droit applicable à une succession internationale », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 53 ; v. aussi art. 1er, § 2, l) et considérants 18 et 19 du Règlement « successions »).

En l'espèce, était en cause la dévolution successorale d'un immeuble situé à l'étranger et le juge du for – le juge français – a pris en compte le renvoi opéré par la loi du *situs* à la loi du reste de la succession. Ce renvoi impliquait que l'État étranger n'attribuait pas une compétence exclusive à son juge en la matière, ce qui autorisait le juge français à se reconnaître compétent. En d'autres termes, en matière de successions immobilières, il y a traditionnellement une compétence exclusive au profit du juge du *situs* fondée sur la coïncidence nécessaire entre le *forum* et le *jus*, qui doit exister en la matière, étant donné que c'est la loi du *situs* qui est normalement applicable et il y a un lien particulièrement étroit qui unit le fond du litige au lieu du *situs*. Le régime successoral des droits immobiliers est, en effet, indissociablement confié à l'application de la loi et à la connaissance des tribunaux du pays de situation.

Mais, si la loi du lieu de situation de l'immeuble renvoie à une autre loi – comme il était le cas dans l'arrêt *Tassel* – il est possible de conclure que la compétence du juge du *situs* n'a pas un caractère exclusif. Ainsi que le remarque L. d'Avout, *« lorsque l'État étranger de situation [de l'immeuble] ne se reconnaît pas seul compétent, il peut en quelque sorte pratiquement déléguer sa compétence innée au juge d'un autre pays »*[710].

373. ***Un raisonnement susceptible d'amélioration***. Il est vrai que le raisonnement suivi par la Cour de cassation est critiquable, dans le sens où il serait préférable si le juge français prenait en compte non seulement la règle de conflit de lois étrangères, mais aussi les règles de compétence de l'État étranger, afin de s'assurer que ce dernier n'accorde pas une compétence exclusive à son juge[711]. *« Un perfectionnement théorique et pratique du procédé serait encore possible à l'avenir, qui consisterait à consulter l'entier dispositif de droit international privé du pays étranger considéré pertinent – ici le pays de situation de l'immeuble – afin de*

[710] L. D'AVOUT, « Les successions internationales et la détermination du juge le mieux placé pour en connaître », *op. cit.*.

[711] Selon F. Mailhé, il est possible d'intégrer le critère d'intérêt à agir dans le raisonnement du juge français. Lorsqu'un demandeur saisit le juge français d'une question tenant à la dévolution et du partage successoral d'un immeuble *sis* à l'étranger, le juge français rendrait une décision plus ou moins inutile en fonction de ce que le droit applicable au lieu de situation de l'immeuble réserve au juge local. *« C'est cette inutilité qui priverait alors le demandeur, et dans une mesure égale à cette inutilité, d'intérêt à agir »*. Ce raisonnement permettrait au juge de se libérer de la seule prise en compte de la règle de conflit de lois étrangère et prendre en considération les règles de compétence étrangères, voire des règles matérielles. L'absence d'intérêt à agir ne s'opposerait qu'à l'intervention du juge sur ce qu'il ne peut faire, et notamment les opérations juridiques et matérielles édictées par le droit local (v. F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, *op. cit.*, n° 798 et 799).

construire, à partir de cette consultation, une articulation concrète des règles de compétence législative et judiciaire des divers pays concernés »[712].

Toutefois, nous ne pouvons pas négliger le fait qu'un pas a été fait pour vérifier, concrètement, si le droit étranger revendiquait une compétence exclusive, au lieu de conclure aveuglement à une potentielle compétence exclusive étrangère par bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for. Même si cette jurisprudence n'est plus d'actualité après l'entrée en vigueur du règlement européen sur les successions internationales, elle démontre la possibilité pour le juge français de prendre en considération l'ordre juridique tiers pour effectuer un renvoi de compétence.

374. ***Un mécanisme préférable***. Il nous semble que ce mécanisme plus souple, qui laisse au juge le soin d'apprécier l'opportunité de son dessaisissement en fonction des circonstances de l'espèce, est préférable par rapport à la méthode rigide de la bilatéralisation des compétences exclusives du juge du for. Il permet une meilleure prise en considération de la compétence exclusive étrangère, sans pourtant, aller jusqu'à appliquer les règles de droit international privé étrangères.

Nous allons poursuivre l'étude de la prise en compte des compétences exclusives des États extérieurs à l'UE, en examinant l'approche adoptée en droit européen.

Section II : La prise en considération des compétences exclusives des États tiers en droit européen

375. ***Le contexte visé***. L'hypothèse qui va nous intéresser, ici, est celle où la compétence du for est fondée sur le droit européen et plus précisément sur le RBI *bis,* car le défendeur est domicilié dans un État membre. Mais, le litige porte sur une matière visée à l'article 24 RBI *bis*, dont le critère de rattachement de la règle de compétence exclusive qu'il pose est situé sur le territoire d'un État tiers. Imaginons le cas où le juge d'un État membre compétent en vertu du RBI *bis* – par exemple en tant que juge du domicile du défendeur – est amené à statuer sur

[712] L. D'AVOUT, « Les successions internationales et la détermination du juge le mieux placé pour en connaître », *op. cit.*.

le sort d'un immeuble situé dans un État tiers ou sur la validité d'un brevet enregistré dans un État tiers.

376. ***La question du dessaisissement du juge d'un État membre en faveur de celui d'un État tiers.*** Dans ce contexte, la question qui se pose est de savoir si le juge du for peut décliner la compétence qui lui est attribuée par une règle communautaire en faveur du juge d'un État extérieur à l'UE ou s'il faut considérer que le caractère supranational de la règle de compétence en cause fait obstacle au dessaisissement du juge au profit d'un État tiers.

En d'autres termes, la question est de savoir si les compétences exclusives de l'article 24 doivent être respectées lorsque l'un des critères de rattachement sur lesquels elles reposent se réalise dans un État tiers. Le droit européen reste silencieux sur ce point, dans la mesure où il est censé être destiné à régler les seuls rapports entre les État membres de l'Union. L'article 24 donne compétence exclusive aux seuls tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le critère de rattachement se réalise et il ne dit rien de l'hypothèse où le critère se produit sur le territoire d'un État tiers.

Ainsi, s'il est évident que le juge du for renonce à sa compétence fondée sur le droit de l'Union pour prendre en compte la compétence exclusive que le droit européen confère lui-même à un autre État membre, la question devient plus délicate lorsque le juge du for envisage de renoncer à une compétence que lui attribue le droit européen pour tenir compte de la compétence exclusive du juge d'un État extérieur à l'Union.

377. De façon générale, la question de savoir si le juge d'un État membre peut décliner la compétence qui lui est attribuée par une règle communautaire afin de respecter la compétence du juge d'un État non-membre fait débat et peut aussi se poser en présence d'une clause attributive de juridiction désignant le juge d'un État tiers comme seul compétent pour trancher le litige ou en cas de conflit de procédures entre le juge d'un État membre et celui d'un État tiers.

Si on s'intéresse à la question du respect des compétences exclusives tierces, il faut remarquer que G. Droz[713] avait suggéré de faire produire aux règles de compétence exclusive

[713] G. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne*, Dalloz, 1972, n° 164 et s.

prévues à l'article 24 RBI *bis* un « effet réflexe », c'est-à-dire de les appliquer dans le cas où l'un des critères de compétence visés par ce texte est situé sur le territoire d'un État tiers.

Après avoir examiné la théorie de l'effet réflexe (§1), nous allons voir qu'elle a été prise en compte dans le cadre du RBI refondu, mais seulement en cas de conflits de procédures, permettant une prise en compte limitée des compétences exclusives tierces (§2). Nous pensons qu'une prise en considération plus générale des compétences exclusives des États tiers est souhaitable (§3).

§1 Le débat doctrinal et jurisprudentiel autour de la théorie de l'effet réflexe

378. Nous allons, dans un premier temps, présenter la théorie de l'effet réflexe, en analysant ses fondements, ainsi que sa mise en œuvre (I), avant de voir la façon dont elle a été reçue au niveau national et européen (II).

I. La théorie de l'effet réflexe

379. Les adeptes de cette théorie soulèvent certains arguments avant de justifier son admission (A). Il serait intéressant d'étudier la mise en œuvre de la théorie, qui opère un renvoi au droit national (B) ainsi que sa généralisation (C).

A. Les arguments invoqués en faveur de la théorie de l'effet réflexe

380. ***La bilatéralisation des compétences exclusives de l'article 24***. La solution proposée par la théorie de l'effet réflexe imaginée par G. Droz consiste, concrètement, à bilatéraliser les compétences exclusives de l'article 24 afin de permettre aux juridictions des États membres de décliner la compétence que leur confère le règlement, lorsqu'elles sont saisies, par exemple, d'une action réelle immobilière portant sur un immeuble situé en dehors du territoire de l'Union, ou d'une demande en nullité d'un brevet enregistré dans un État tiers.

Selon G. Droz, *« les raisons qui ont conduit à l'énumération du catalogue de l'article 16 [de la Convention de Bruxelles] subsistent dans le cas où les éléments de rattachement sont*

situés hors de la Communauté »[714]. *« Si un juge français est radicalement incompétent pour juger d'un immeuble ou d'un brevet allemand (…) on ne voit pas pourquoi il serait mieux armé pour juge d'un bail rural argentin ou de la validité d'un brevet japonais »*[715] .

381. ***Les fondements de la théorie de l'effet réflexe*** Un certain nombre d'arguments ont été avancés en faveur de l'admission de la théorie de l'effet réflexe. Le principal réside dans le constat que si l'exclusivité de la compétence se justifie par des considérations juridiques et pratiques, celles-ci conservent toute leur valeur lorsque le litige se rattache étroitement, par son objet, au territoire d'un État tiers.

Dans un cas comme dans l'autre, il paraît nécessaire de respecter la « souveraineté » de l'État en cause et il est en pratique inutile d'exercer la compétence, dans la mesure où le jugement à venir risque fort de rester lettre morte, faute de reconnaissance et d'exécution dans l'État dont les intérêts fondamentaux sont en cause. Comme le précise D. P. Fernández Arroyo, *« le bon sens veut qu'un État qui considère certaines matières d'une importance telle qu'elles méritent la consécration de fors exclusifs devrait admettre que cette considération n'est pas une question propre à cet État mais qu'elle peut être partagée par tous ou la plupart d'entre eux »*[716] .

B. La mise œuvre de la théorie de l'effet réflexe : le renvoi au droit national

382. ***L'impossibilité d'une transposition directe de l'article 24 aux rapports extracommunautaires***. Il convient, néanmoins, d'observer qu'il ne s'agit pas d'appliquer à proprement parler les règles européennes au déclinatoire de compétence du juge d'un État membre au profit de celui d'un État tiers. La transposition pure et simple de l'article 24 RBI *bis* dans les relations avec les État tiers est difficilement admissible, puisque les États tiers ne sont pas liés par le droit de l'Union et le déclinatoire de compétence prévue en matière de

[714] G. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne*, *op. cit.*, n° 167.
[715] G. DROZ, « La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 1.
[716] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *op. cit*., p. 111. En outre, les commentateurs du RBI *bis* soulignent que la théorie de l'effet réflexe *« deserves preference when the third State's courts claim exclusive jurisdiction for two reasons : On the one hand, this doctrine is coherent with the evaluation underlying Art. 24. That is, if the Member States claim a given exclusive jurisdiction sphere they shall also recognize the same sphere of exclusive jurisdiction to third States. On the other hand, this doctrine contributes to a harmonious allocation of jurisdiction. The opposite doctrine leads the courts of a Member State to claim jurisdiction at the same time that the courts of a third State reasonably claim exclusive jurisdiction »* (Ul. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, éd. Otto Schmidt, 2016, p. 562).

compétence exclusive est fondé sur le présupposé que le litige sera tranché dans un autre État membre. En effet, les règles européennes qui organisent le déclinatoire de compétence s'inscrivent dans un contexte particulier, celui de la création d'un espace judiciaire européen, fondé sur la confiance mutuelle et la fongibilité relative des tribunaux des États membres.

Soumettre entièrement le dessaisissement en faveur d'États tiers à l'article 24 ne paraît pas possible, car cela reviendrait à obliger systématiquement les juridictions des États membres à décliner leur compétence lorsque les tribunaux d'un État tiers apparaissent comme exclusivement compétents au regard de l'article 24, sans vérifier que l'État tiers en question attribue effectivement une telle compétence exclusive à ses juridictions. Il faut rappeler que dans les hypothèses que nous examinons, le déclinatoire de compétence prévue en matière de compétence exclusive n'est pas fondé sur l'incompétence de la juridiction saisie en tant qu'elle ne présenterait aucun lien de rattachement avec le litige[717], mais sur la prise en considération de la compétence d'un juge étranger doté d'un titre de compétence prépondérant.

383. ***Le recours au droit national afin de fixer les modalités du dessaisissement***. D'après l'inventeur de la théorie de l'effet réflexe, G. Droz, les modalités concrètes du dessaisissement doivent être soumises au droit national du tribunal saisi[718]. Le juge doit, ainsi, apprécier

[717] Selon M. Fallon, les règles de compétence exclusive de l'article 24 RBI *bis* constituent aussi des règles d'applicabilité du règlement présentant une autonomie dans le système communautaire – cette autonomie a été perçue par P. Jenard qui a vu dans l'article 22 RBI des « dispositions autonomes » (P. JENARD, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Bruxelles, Larcier, coll. « Répert. not. », 1994, n° 86), et par G. Droz qui voyait dans la localisation communautaire de l'élément pertinent – d'une part le domicile du défendeur, d'autre part le bien ou le registre, ou l'identité du juge élu dans une clause attributive de juridiction – des éléments « d'intégration », qu'il dissociait en fonction de la nature des litiges. Ainsi, lorsque le critère de rattachement de l'article 24 se réalise dans un État tiers, le règlement est inapplicable et la portée de l'autonomie du texte peut se comprendre de deux manières : soit l'autonomie est totale et la compétence relève du droit national, à condition que l'application du droit national ne porte pas atteinte à l'effet utile de l'acte communautaire ; soit l'autonomie doit être liée à l'article 4 §1 RBI *bis*, dont l'objectif est de protéger le défendeur domicilié dans l'Union, conduisant à l'incompétence des juridictions des États membres à propos des litiges portant sur des biens ou des registres publics localisés dans des pays tiers, dans la mesure où protéger le défendeur communautaire implique de ne pas l'obliger à débattre devant le juge d'un État membre à propos d'un tel litige, au risque qu'une décision inefficace soit rendue (v. M. FALLON, « L'applicabilité du règlement Bruxelles I aux situations externes après l'avis 1/03 », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 241, n° 6 et s. ; B. AUDIT, « Le critère d'application des conventions judiciaires internationales », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2004, p. 19-35). Toutefois, nous allons voir que cette analyse préconisée par M. Fallon n'est pas compatible avec les rapports officiels sur les Conventions de Saint Sébastian et de Lugano, ainsi que l'avis 1/03 de la CJUE, selon lesquels, les autres règles de compétence du règlement européen sont applicables, lorsque le critère d'applicabilité prévu par l'article 24 n'est pas rempli (v. *infra*, n° 388 et s. ; n° 398).

[718] G. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne*, *op. cit*., n° 165 et 168. V. aussi, A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe », *op. cit*., p. 81 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé : étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, *op. cit*., p. 348 et s.

l'opportunité de son dessaisissement selon les mécanismes du droit national. Autrement dit, le principe du dessaisissement relève bien du droit de l'Union, mais son régime est soumis au droit national de l'État membre du for. Ce renvoi au droit national, qu'opère la théorie de l'effet réflexe, apparaît comme *« un tempérament nécessaire au raisonnement par analogie »*[719] en raison de l'impossibilité d'une transposition directe de l'article 24 dans l'ordre international. Il a aussi pour but de permettre au juge de prendre en compte le point de vue de l'ordre juridique étranger, afin d'éviter le dessaisissement s'il apparaît que le juge de l'État tiers ne revendique pas la compétence exclusive que lui reconnaît le droit européen.

384. ***L'encadrement communautaire du droit national***. Selon les partisans de la théorie de l'effet réflexe[720], ce retour limité au droit national des États membres ne porte pas atteinte à l'effet utile du RBI *bis*, car l'intérêt de cette théorie est de préserver un encadrement communautaire du droit national. Concrètement, le déclinatoire de compétence en faveur des États tiers ne devrait être possible que dans les cas où un tel déclinatoire est prévu dans les relations intra-communautaires et, surtout, selon les mêmes conditions et avec les mêmes restrictions qu'entre États membres.

C. La généralisation de la théorie de l'effet réflexe

385. ***L'extension de la théorie aux situations impliquant le juge d'un État membre et celui d'un État tiers***. Il est intéressant de noter que même si la théorie de l'effet réflexe a été initialement élaborée à propos des compétences exclusives, elle peut être étendue à l'ensemble de situations dans lesquelles le RBI *bis* autorise le juge d'un État membre à décliner la compétence que lui attribue au profit du juge d'un autre État membre.

Le règlement prévoit un tel déclinatoire de compétence non seulement en cas de violation d'une compétence exclusive au sens de l'article 24, mais aussi en cas de violation d'une clause attributive de juridiction exclusive en faveur du juge d'un autre État membre, ainsi qu'en cas de conflit de procédures avec le juge d'un autre État membre, premier saisi de la même affaire

[719] M. FALLON, « L'applicabilité du règlement Bruxelles I aux situations externes après l'avis 1/03 », *op. cit.*, p. 247. Cependant, selon l'auteur, le retour au droit national du juge saisi trouve mieux à s'expliquer par la notion de règle d'applicabilité, qui rend compte de l'inapplication de la règle européenne aux situations ne présentant pas l'élément de localisation communautaire pertinent.

[720] V. A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe », *op. cit.*, p. 84-85 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé : étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 350.

ou d'une affaire connexe[721]. La théorie de l'effet réflexe a, alors, vocation à apporter une réponse globale à ce problème, en préconisant le déclinatoire d'une compétence européenne lorsque la juridiction d'un État tiers possède une compétence exclusive, lorsqu'il est désigné dans une clause attributive de juridiction ou lorsqu'il a été saisi antérieurement d'une procédure parallèle.

L'argument principal, qui est invoqué en faveur de l'extension de la théorie de l'effet réflexe, *« réside dans le constat de la proximité des difficultés que soulève la prise en considération de la compétence d'un juge étranger lorsqu'elle est effectuée entre juridictions d'États membres et lorsqu'elle intervient entre une juridiction d'un État membre et une juridiction d'un État tiers »*[722].

En d'autres termes, les raisons qui peuvent inciter le juge d'un État à prendre en compte la compétence d'un juge étranger et à se dessaisir, le cas échéant, pour faire prévaloir la compétence de ce dernier sont les mêmes au sein et en dehors de l'espace judiciaire européen. S'agissant des conflits de procédures, par exemple, les problèmes tenant à la perte du temps et d'argent et au risque de contrariété des décisions se posent de la même manière dans le cas où le conflit de procédures oppose deux juridictions d'États membres et lorsqu'il intervient entre la juridiction d'un État membre et celle d'un État tiers.

---

[721] V. sur ce point, G. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *Trav. Com. fr. DIP*, 1993-1995, Pedone, 1996, p. 106 ; A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe » in *Le droit processuel et judiciaire européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 74. A. Nuyts distingue le déclinatoire de compétence « de portée universelle » et le déclinatoire de compétence « dérogatoire ». Le premier type de déclinatoire intervient dans l'hypothèse où le juge du for constate qu'aucun des rattachements utilisés par les règles de compétence applicables ne permet de lui attribuer compétence. Un tel déclinatoire de compétence est organisé par le RBI *bis*, dont il ressort que les tribunaux des États membres doivent se dessaisir lorsque le litige ne relève d'aucun des critères de compétence prévus par le règlement. Ce type de déclinatoire a une portée universelle, car il intervient indépendamment du point de savoir si le tribunal compétent pour connaître du litige est situé dans un État membre ou dans un État tiers. Le déclinatoire de compétence « dérogatoire » vise l'hypothèse où le juge du for constate qu'en dépit du fait que l'un des chefs de compétence internationale retenus par le droit applicable le désigne comme compétent pour trancher le litige, le litige doit être tranché par le juge d'un État étranger doté d'un titre de compétence supérieur. Le RBI *bis* prévoit trois règles de ce type : 1° le cas où le litige est soumis à la compétence exclusive d'un autre État ; 2° le cas où les parties ont conclu une clause attributive de juridiction en faveur du tribunal d'un autre État ; 3° le cas où le tribunal d'un autre État a déjà été saisi d'un litige identique ou connexe. Le déclinatoire de compétence dérogatoire prévu dans les deux premiers cas précités a une portée purement régionale, puisqu'il intervient lorsque le tribunal au profit duquel la compétence est déclinée est situé dans un autre État membre. Nous verrons, toutefois, que le législateur européen a inséré aux articles 33 et 34 du RBI *bis* des dispositions relatives aux situations de litispendance et de connexité susceptibles d'intervenir entre le juge d'un État membre et celui d'un État tiers (v. *infra*, n° 416 et s.).

[722] L. USUNIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Compétence – Exceptions à l'exercice de la compétence – Conflits de procédures – articles 29 à 34 du règlement (UE) n° 1215/2012 », *J-Cl. Droit international*, Fasc. 584-170, 7 octobre 2015, n° 47.

386. ***Le renvoi au droit national***. Comme nous l'avons mentionné, les modalités du dessaisissement en faveur du tribunal d'un État tiers sont soumises au droit national de l'État membre dont le juge est saisi, en raison de l'impossibilité d'une transposition directe du régime européen de déclinatoire de compétence aux relations internationales.

Dans le domaine de la litispendance et de la connexité, il paraît, en effet, difficile de transposer dans les relations extra-communautaires, le mécanisme européen de dessaisissement automatique en faveur du tribunal premier saisi du litige, qui n'est pas subordonné au contrôle du jugement qui doit être rendu à l'étranger. L'automaticité du dessaisissement est liée au climat de confiance mutuelle entre les États membres. Dans la même logique, le régime libéral de l'article 25 RBI *bis*, qui reconnaît très largement l'autonomie de la volonté, découle du principe de confiance mutuelle entre les tribunaux des États membres et ne peut pas être étendu aux relations internationales[723]. Toutefois, ce renvoi au droit national[724] est bien encadré par le droit de l'Union, dans la mesure où le refus d'exercer une compétence européenne en faveur des juridictions d'un État tiers doit respecter les restrictions et les conditions, qui jouent dans les relations intra-communautaires[725].

[723] V. A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe », *op. cit.*, p. 79-80 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé : étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 349.

[724] Concernant les clauses attributives de juridiction, certains auteurs estiment que la méthode consistant à attribuer un effet réflexe à l'article 25 RBI *bis* n'est pas appropriée, car *« il ne revient pas à établir une incompétence corrélative, à la manière d'une règle miroir, mais plutôt à sortir des règles communes par un renvoi au droit national »* (M. FALLON, « L'applicabilité du règlement Bruxelles I aux situations externes après l'avis 1/03 », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 241). Il suffit d'analyser l'article 25 RBI *bis* comme une règle d'applicabilité spatiale, qui renvoie au droit national lorsque la situation ne présente pas la condition d'applicabilité requise, c'est-à-dire lorsque la clause désigne les juridictions d'un État tiers. La validité de la clause sera soumise dans ce cas au droit international privé du juge saisi (v. aussi Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, n° 621).

[725] Les restrictions au déclinatoire de compétence qui jouent dans les relations intra-communautaires et doivent être transposées dans les relations avec les États tiers, tiennent à la préservation de la compétence exclusive dont bénéficie le tribunal d'un État membre, ce qui signifie qu'un dessaisissement au profit du tribunal d'un État tiers ne peut pas être ordonné si le litige relève de la compétence exclusive du juge d'un État membre. En outre, le dessaisissement en faveur des États tiers ne doit pas porter atteinte aux règles protectrices des parties faibles prévues par les instruments communautaires. Ces règles apportent des restrictions à l'effet des clauses attributives de juridiction, qui désignent le tribunal d'un État tiers. Les conditions spécifiques imposées par les règles européennes pour le déclinatoire de compétence doivent également être respectées. Ainsi, le déclinatoire de compétence fondé sur l'existence d'une procédure parallèle dans un État tiers peut jouer si cette procédure a été introduite antérieurement à celle initiée dans le for. De la même manière, pour que le juge d'un État membre décline sa compétence en raison d'une clause attributive de juridiction désignant le juge d'un État tiers, il faut que cette clause réponde aux conditions de forme de l'article 25 RBI *bis* (v. A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe », *op. cit.*, p. 84-85 ; En faveur de cette solution, v. UL. MAGNUS et P. MANKOWSKI (eds), *Brussels I Regulation*, 2e éd. révisée, SELP, 2012, art. 23, § 37).

II. La réception de la théorie de l'effet réflexe en droit national et européen

387. Nous allons voir que la question de l'effet réflexe a été prise en compte dans le cadre du RBI *bis* en matière de conflits de procédures. Ses articles 33 et 34 prévoit deux exceptions, l'une de litispendance et l'autre de connexité, en faveur des États tiers. Mais, il serait important d'examiner, d'abord, la position retenue par les rapporteurs des Conventions de Lugano et de Saint-Sébastien (A), ainsi que la jurisprudence nationale (B) et européenne (C) à propos de la théorie de l'effet réflexe. Il faut remarquer qu'avant le RBI *bis*, ce sont les juridictions anglaises qui ont consacré l'effet réflexe (D).

A. La condamnation incertaine de la théorie de l'effet réflexe par les rapporteurs des Conventions de Lugano et de Saint Sébastien

388. ***La position les rapports officiels sur les Conventions de Lugano et de Saint Sébastien***. Même si une partie importante de la doctrine a été séduite par la théorie de l'effet réflexe[726], les rapporteurs des Conventions de Lugano et de Saint-Sébastien se sont montrés défavorables à l'application de la théorie aux compétences exclusives. Ils ont estimé que *« les dispositions de l'article 16 §1 [correspondant à l'article 24 §1 du RBI bis] ne s'appliquent que si l'immeuble est situé sur le territoire d'un État contractant. Le texte est suffisamment explicite à cet égard. Si l'immeuble est situé sur le territoire d'un État tiers, les autres dispositions de la convention sont applicables, par exemple, l'article 2 si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État contractant, et l'article 4 s'il est domicilié sur le territoire d'un État tiers »*[727]. Les juridictions des États membres devraient alors se déclarer compétentes pour

[726] V. notamment P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du 27.9.1968*, Jupiter, 1985, n° 142 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », in *Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff 1996, p. 85, spéc. p. 95 et 99 ; Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, n° 620 et s. ; A. NUYTS, *L'exception de « forum non conveniens » : étude de droit international privé comparé*, Bruxelles Paris, Bruylant L.G.D.J., 2003, n° 188 et s. ; A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe », *op. cit.*, p. 73 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale, op. cit.,* p. 346, n° 405 et s. ; M. FALLON, « L'applicabilité du règlement Bruxelles I aux situations externes après l'avis 1/03 », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 241 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10e éd., 2013, n° 766, p. 776 et 777 ; H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 2018 n° 100 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, n° 360, LGDJ, 12e éd. 2019.

[727] Rapport Jenard, Möller sur la Convention de Lugano du 16 sept. 1988, JOCE n° C 189 du 28 juillet 1990, p. 57, n° 54 ; Rapport Almeida Cruz, Desantes Real, Jenard sur la Convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989, JOCE n° C 189 du 28 juillet 1990, p. 35, n° 25.

connaître d'une action réelle immobilière portant sur un immeuble situé dans un État tiers si leur compétence peut être fondée sur une règle européenne.

L'affirmation a été reprise par la suite dans le rapport relatif à la Convention de Lugano de 2007[728]. D'après certains commentateurs[729], les rapporteurs ont, implicitement, condamné la théorie de l'effet réflexe et le raisonnement devait pouvoir être étendue aux autres compétences exclusives de l'article 16 ainsi qu'aux autres motifs de déclinatoire de compétence prévus par la Convention de Bruxelles en cas de violation d'une clause attributive de juridiction et de conflit de procédures, puisque le besoin de respecter les compétences étrangères ne se pose pas seulement lorsqu'elles sont exclusives. Cette condamnation a été vivement critiquée par G. Droz[730].

389. ***Les approches doctrinales***. Certains auteurs en ont déduit que la théorie de l'effet réflexe devait alors être rejetée. Selon J.-P. Beraudo et M.-J. Beraudo, *« le système de Bruxelles a été conçu pour régir les relations des juridictions des États liés et non leurs relations avec celles des États tiers. […] Le caractère impératif de la règle de compétence exclusive se justifie par la certitude que le juge le mieux qualifié pour trancher le litige pourra être saisi, et que sa décision sera reconnue dans l'ensemble des États liés. C'est pourquoi l'hypothèse dans laquelle la compétence exclusive se réaliserait en dehors du territoire de ces États constitue le seul cas dans lequel la matière qui donne lieu à cette compétence peut être régie par d'autres règles de la convention ou du règlement »*[731] .

390. ***Le rejet incertain de la théorie de l'effet réflexe***. Cependant, il n'est pas certain que le passage précité des rapports entraîne nécessairement la condamnation de la théorie. Ainsi que le souligne A. Nuyts, cette théorie *« ne concerne pas l'établissement de la compétence, mais le déclinatoire de compétence, qui sont deux choses distinctes »*[732]. Il est incontestable que lorsque le critère de rattachement prévu par les règles de compétence exclusive de l'article 24

[728] Rapport Pocar sur la Convention de Lugano du 30 octobre 2007, JOUE n° C 319 du 23 déc. 2009, p. 1, n° 93.
[729] H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 2018, n° 100, L. USUNIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale… », *op. cit.*, *J-Cl. Droit international*, Fasc. 584-170, 7 octobre 2015, n° 47.
[730] G. DROZ, « La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 1, spéc. p. 14.
[731] J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, « Convention de Bruxelles, conventions de Lugano et Règlements (CE) n° 44/2001 et (UE) n° 1215/2012 – Compétence – Compétences exclusives – Compétences en raison de la matière : contrats d'assurance et contrats conclus par les consommateurs », *J-Cl. Europe*, Fasc. 3010, 9 avril 2019, n° 10.
[732] A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe », *op. cit.*, p. 87.

se réalise sur le territoire d'un État tiers, cette disposition est inapplicable, dans la mesure où elle ne peut pas attribuer compétence aux tribunaux d'un État tiers.

Or, l'inapplication de l'article 24 n'entraîne pas forcément l'inapplication de l'ensemble des règles de compétence du règlement. En effet, lorsque le critère d'applicabilité spécifique de la disposition n'est pas rempli – car l'objet du litige se rattache à un État tiers – l'application des autres règles de compétence n'est pas exclue. La compétence peut être établie conformément aux chefs ordinaires de compétence du règlement. C'est, ainsi, à juste titre que les rapporteurs ont considéré que lorsque l'article 24 §1 désigne le tribunal d'un État tiers, les autres règles de compétence sont applicables.

Mais, l'application des règles normales de compétence du règlement, conférant compétence aux tribunaux d'un État membre, n'exclut pas la possibilité que cette compétence puisse être déclinée, conformément à la théorie de l'effet réflexe. Autrement dit, la juridiction de l'État membre dont la compétence est normalement établie sur la base d'une règle européenne « *devrait pouvoir décliner sa compétence lorsqu'il existe dans un État tiers un tribunal possédant des titres de compétence supérieurs, comme une compétence exclusive fondée sur des éléments de rattachement visés à l'article 24 du règlement* »[733].

Dans ces conditions, il serait intéressant de voir si la jurisprudence des États membres et de la CJUE a apporté des éclaircissements sur la question de l'effet réflexe.

B. La position de la jurisprudence nationale

391. ***La position de la jurisprudence française : le renvoi au droit national***. Jusqu'à la refonte du RBI, le droit européen est resté muet sur la question du dessaisissement en faveur de tribunaux d'États extérieurs à l'UE. Dans le silence des textes et de la CJUE, les juridictions des États membres ont eu tendance à considérer que la question devait être réglée par leur droit national. Le juge français a admis qu'il pouvait décliner la compétence que lui attribuait l'article 2 de la Convention de Bruxelles s'il était saisi en violation d'une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux d'un État tiers, dans la mesure où la clause était valable au regard du

[733] A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe », *op. cit.*, p. 88.

droit français[734]. De même, il pouvait se dessaisir, en vertu du droit national, en cas de conflit de procédures avec le juge d'un État tiers, même si sa compétence était fondée sur une règle européenne[735]. Dans la même logique, il semblait acceptable que le juge français se déclare incompétent en vertu du droit national, pour connaître du sort d'un immeuble situé dans un État tiers, même s'il tirait sa compétence des règles communautaires.

392. ***La position de la jurisprudence anglaise : le recours à la doctrine du forum non conveniens***. Ce renvoi au droit national français n'a pas soulevé d'objection fondamentale, puisque le droit français, en tant que droit de tradition civiliste, retient des solutions proches de celles du droit de l'Union. Un tel retour au droit national était, cependant, plus difficile dans les États membres relevant de la tradition de *common law*. En effet, la doctrine du *forum non conveniens* aurait permis à leurs juridictions de décliner la compétence que leur attribuaient les règles européennes, lorsque le juge d'un État tiers aurait paru mieux placé pour connaître du litige, même en l'absence de compétence exclusive du juge étranger ou de conflit de procédures.

C'est la raison pour laquelle les juges anglais ont refusé, dans un premier temps, de renoncer à la compétence que leur conférait la Convention de Bruxelles en faveur du juge d'un État tiers, même en cas de conflit de procédures ou de violation d'une clause attributive de juridiction désignant le tribunal d'un État non-membre[736]. Mais, une telle solution semblait contraire à l'esprit des règles communautaires[737].

---

[734] Cass. com., 19 déc. 1978, n° 76-15.121, *Europa Carton*, *Rev. crit. DIP* 1979, p. 617, note A. HUET ; *JDI* 1979, p. 366, note H. GAUDEMET-TALLON ; *contra*, v. cependant CA Versailles, 26 sept. 1991, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 333, note H. GAUDEMET-TALLON. Une solution similaire a été retenue en droit anglais *Konkola Copper Mines plc V. Coromin* [2005] 2 Lloyd's Rep. 555, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 722, note H. MUIR WATT. La CJUE a aussi affirmé dans son arrêt *Coreck Maritime* que l'article 17 de la Convention de Bruxelles (art. 23 RBI, art. 25 RBI *bis*) ne s'applique qu'à la condition que le juge élu se situe dans un État contractant et que, dans le cas contraire, l'effet de la clause relève du droit international privé du for (CJUE *Coreck maritime GmbH c/ Handelsveen BV e.a.*, aff. C-387/98, 9 nov. 2000, *Rev. crit. DIP* 2001. 359, note F. BERNARD-FERTIER ; *RTD com.* 2001. 306, obs. P. DELEBECQUE). Plus récemment encore, elle a énoncé que *« l'article 23 RBI, relatif aux prorogations conventionnelles de compétence, ne saurait trouver à s'appliquer puisque la clause attributive de juridiction en cause attribue compétence aux juridictions de la République d'Islande qui n'est pas un État membre »* (CJUE *Gothaer Allgemeine Versicherung AG c/ Samskip GmbH*, 15 nov. 2012, aff. C-456/11, *D.* 2013. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE).

[735] Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-28.846, *Yaknoo*, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 638, rapp. J.-P. RÉMERY ; *D.* 2013, p. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE.

[736] *S & W Berisford plc v. New Hampshire Insurance Co* [1990] 2 QB 631. V. aussi L. COLLINS, « *Forum Non Conveniens* and the Brussels Convention », *LQR* 1990, vol. 106, p. 535, spéc. p. 538.

[737] Rapport Schlosser, JOCE n° C 59/71 du 5 mars 1979, n° 176 a), p. 124.

393. ***L'arrêt Harrods***. Cette solution a été abandonnée par la suite dans l'arrêt *Harrods*[738]. Dans cette affaire, le juge anglais a admis sans aucune réserve que la doctrine du *forum non conveniens* lui permettait de décliner la compétence que lui attribuait une règle communautaire au profit du juge d'un État tiers, dès lors que ce dernier apparaissait plus approprié pour trancher le litige[739]. Ainsi, contrairement à la jurisprudence antérieure, l'arrêt *Harrods* retenait que dans le cadre européen, le mécanisme du *forum non conveniens « était toujours applicable au dessaisissement du juge anglais en faveur du juge d'un État tiers, même en l'absence de conflit de procédures ou de compétence exclusive du juge étranger »*[740]. Si la Convention de Bruxelles excluait le jeu du *forum non conveniens* entre États membres, n'interdisait pas, toutefois, le dessaisissement du juge anglais lorsque le for alternatif était situé dans un État tiers.

La solution retenue dans l'arrêt *Harrods* a été critiquée, car elle ne semblait pas compatible avec l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivi par le droit de l'Union. Comme le soulignaient certains auteurs, la compétence du tribunal du domicile du défendeur ne pouvait pas être toujours disponible, selon le considérant 15 du RBI *bis*, si le juge anglais pouvait renoncer à sa compétence, lorsque le juge d'un État tiers lui paraissait mieux placé pour trancher le litige[741].

C. La position de la CJUE

394. ***L'arrêt Owusu de la CJUE***. Dans ces conditions, la Cour d'appel d'Angleterre, saisie de l'affaire *Owusu c. Jackson*[742], a décidé de former un recours préjudiciel auprès de la CJUE afin de savoir s'il lui était possible de faire jouer l'exception du *forum non conveniens* et décliner la compétence que lui attribuait l'article 2 de la Convention de Bruxelles en faveur des juridictions d'un État tiers – en l'espèce les tribunaux jamaïcains du lieu du délit. La Cour d'appel demandait si un tel dessaisissement serait systématiquement contraire au droit de

[738] Re *Harrods (Buenos Aires) Ltd* [1992] Ch 72 (CA).
[739] En l'espèce, le juge anglais, saisi en tant que juge du lieu d'incorporation de la société Harrods, a décliné la compétence que lui attribuait l'article 2 de la Convention de Bruxelles en faveur de la juridiction argentine du siège réel de la société, dont l'intégralité des activités et des organes de direction était localisée à Buenos Aires.
[740] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 342, n° 400.
[741] V. not A. BRIGGS, « *Forum non conveniens* and the Brussels Convention Again », *LQR*, 1991, vol. 107, p. 180, spéc. 181 ; G. DROZ, H. GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 601, n° 8 ; A. NUYTS, *L'exception de « forum non conveniens » : étude de droit international privé comparé*, *op. cit.*, p. 280.
[742] *Owusu c. Jackson* [2002] IL Pr 813 (CA), *Rev. crit. DIP* 2003, p. 335, note H. MUIR WATT.

l'Union ou seulement dans certaines circonstances et elle incluait dans sa question les situations dans lesquelles la juridiction d'un État tiers est doté d'une compétence exclusive ou antérieurement saisi du litige.

La CJUE, en condamnant la solution retenue en droit anglais depuis l'arrêt *Harrods*, a décidé que la Convention de Bruxelles *« s'oppose à ce qu'une juridiction d'un État contractant décline la compétence qu'elle tire de l'article 2 de ladite convention au motif qu'une juridiction d'un État non contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause, même si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre État contractant ne se pose pas ou que ce litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre État contractant »*[743].

395. ***Le refus de la Cour d'apporter une réponse globale***. Pourtant, la Cour de justice refuse de se prononcer sur la possibilité d'un dessaisissement en vertu de la doctrine du *forum non conveniens* en cas de conflit de procédures ou de compétence exclusive du juge de l'État tiers, au motif que le problème ne se posait pas en l'espèce (points 47 et s. de l'arrêt). Ainsi, en refusant à répondre à la seconde question soulevée par le recours préjudiciel, relative à la possibilité de recours à l'exception du *forum non conveniens* dans ces hypothèses, la Cour laisse planer un doute sur la place qu'il convient d'accorder au *forum non conveniens* dans ces cas particuliers et sur l'éventuel effet réflexe qu'il faudrait faire produire aux règles communautaires.

396. ***L'ambiguïté de l'arrêt quant à la possibilité de recourir à un mécanisme de dessaisissement issu du droit national***. Même si la Cour de justice n'a pas saisi l'occasion qui lui était offerte pour se prononcer clairement sur la théorie de l'effet réflexe, il est important de noter que selon L. Usunier, elle ne semble pas exclure totalement la possibilité qu'un mécanisme de dessaisissement issu du droit national d'un État membre puisse permettre à son juge de décliner la compétence que lui conférait une règle européenne[744].

[743] CJCE, 1er mars 2005, *Owusu c/ Jackson,* aff. C-281/02 *Gaz. Pal*. mai-juin 2005, somm. p. 1958, note M.-L. NIBOYET ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 698, note C. CHALAS.

[744] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale, op. cit,* p. 344 et s.. *Contra* G. CUNIBERTI et M. M. WINKLER, note sous CJCE 1er mars 200, *Owusu c. Jackson*, aff. C – 281/02, *JDI* 2005.1177, p. 1191, pour lesquels la Cour de justice condamne tout recours aux mécanismes français de règlement des conflits de procédures.

La Cour a affirmé que l'article 2 de la Convention de Bruxelles a un caractère impératif et qu'il ne peut être dérogé à la règle qu'il énonce que *« dans des cas expressément prévus par ladite convention »* (point 37). Or, ces cas sont circonscrits aux hypothèses de concurrence juridictionnelle entre deux États membres. Il est permis de considérer que ce motif va très loin et *« interprété à la lettre, il laisse entendre que, dans tous les cas où la règle conventionnelle (et aujourd'hui règlementaire) ne prévoit pas une dérogation expresse à l'article 2, la compétence de l'espace judiciaire européen en tant que forum rei est impérative, le juge de l'espace judiciaire européen saisi sur cette base n'ayant pas le pouvoir de décliner sa compétence »*[745].

397. Ce motif aurait, alors, suffi à justifier le rejet de la doctrine du *forum non conveniens* mais la Cour ne s'arrête pas là et souligne aussi que *« l'application de la théorie du forum non conveniens, qui laisse une large marge d'appréciation au juge saisi quant à la question de savoir si un for étranger serait plus approprié pour trancher le fond d'un litige, est de nature à affecter la prévisibilité des règles de compétence posées par la convention de Bruxelles, en particulier celle de son article 2, et, par voie de conséquence, le principe de sécurité juridique en tant que fondement de cette convention »* (point 41)[746]. Elle a enfin relevé que l'admissibilité de l'exception du *forum non conveniens* risquerait d'affecter l'application uniforme des règles communautaires car cette exception n'est reconnue que dans un nombre limité d'États membres (point 43).

---

[745] P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La compétence internationale de l'espace judiciaire européen », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon, Dalloz*, 2008, p. 397, spéc., p. 413. Cette « fondamentalisation » de l'article 2 a été fortement critiquée par la doctrine (H. MUIR WATT, note sur la décision *High Court of Justice, Konkola Copper Mines plc v. Coromin*, 10 mai 2005, *Rev. crit. DIP* 2005p. 722 , spéc., p. 730 ; A. BRIGGS, « The Death of Harrods : Forum non conveniens and the European Court », (2005) 121 *LQR* 535-540 ; T.C. HARTLEY, « The European Union and the systematic Dismantling of the Common Law Conflict of Laws », (2005) 54 *ICLQ* 813-828 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « The Mandatory Nature of Article 2 of the Brussels Convention and Derogation from the Rule It Lays Down », in *Forum Shopping in The European Judicial Area*, Oxford, Hart Publ., 2007, p. 101. Selon P. de Vareilles-Sommières, hormis les cas où les tribunaux de l'espace judiciaire européen se voient attribuer une compétence exclusive mentionnée par les articles 22 et 23 du règlement Bruxelles I, la compétence de ces derniers *« devrait rester une compétence ordinaire et supporter comme telle la concurrence de la compétence que les États tiers sont eux aussi susceptibles de revendiquer pour d'irréprochables raisons procédurales »* (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'espace..., op.cit.*, p. 415).

[746] La CJUE relève aussi que la protection juridique des personnes établies dans la Communauté serait également affectée, car le défendeur ne serait pas en mesure de prévoir raisonnablement devant quelle autre juridiction il risque d'être attrait (point 42). Mais cet argument ne paraît pas convaincant, dans la mesure où l'exception de *forum non conveniens* est invoquée par le défendeur et n'est pas susceptible d'être relevée d'office (v. A. DICKINSON, « Legal Certainty and the Brussels Convention – Too Much of a Good Thing ? », in P. de Vareilles-Sommières (éd.) *Forum shopping in the European Judicial Area*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 115, spéc. 130).

Le fait que la Cour de justice prenne la peine d'invoquer tous ces arguments démontre qu'elle n'exclut pas complètement le jeu des mécanismes de dessaisissement du droit national dans des cas non expressément prévus par la Convention de Bruxelles – par exemple en faveur d'États tiers – mais à condition que ces mécanismes ne portent pas atteinte aux objectifs poursuivis par la Convention et notamment au principe de sécurité juridique.

La solution adoptée dans l'arrêt *Owusu* ne paraît pas claire, car la Cour s'est concentrée exclusivement sur le problème de la compatibilité de la doctrine du *forum non conveniens* avec la Convention de Bruxelles, éludant la question de savoir s'il faut autoriser les juges des États membres à se dessaisir au profit d'États tiers et si le droit de l'Union est applicable à ce type de dessaisissement[747].

398. ***L'avis 1/03 de la CJUE***. La Cour de justice a aussi rendu le 7 février 2006 l'avis 1/03[748] sur la question de la compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano. Cet avis a été interprété par certains[749] comme exprimant le rejet de la théorie de l'effet réflexe.

Cherchant à vérifier l'existence d'une affectation des règles communautaires par la future convention, justifiant la compétence exclusive de la Communauté pour négocier et conclure cet accord, la Cour affirme que *« l'application d'une règle de compétence prévue par l'accord envisagé peut aboutir à la désignation d'une juridiction compétente autre que celle qui aurait été désignée en vertu des dispositions du règlement n° 44/2001. Ainsi, lorsque la nouvelle convention de Lugano contient des articles identiques aux articles 22 et 23 du règlement n° 44/2001 et conduit sur cette base à la désignation comme for compétent d'un État tiers partie à cette convention, alors que le défendeur est domicilié dans un État membre, en l'absence de la convention, ce dernier État serait le for compétent, alors qu'avec la convention, c'est l'État tiers »* (point 153 de l'avis).

[747] V. L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, *op. cit,* p. 345, n° 404.
[748] CJCE, 7 févr. 2006, avis 1/03, *Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano*, *D.* 2006, p. 1260, obs. C. NOURISSAT ; *RDUE* 2006, p. 472, obs. T. UYEN DO.
[749] J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *Convention de Bruxelles, conventions de Lugano et Règlements (CE) n° 44/2001 et (UE) n° 1215/2012*…, *op. cit*., n° 10.

399. ***Les interprétations variées de l'avis 1/03***. Selon certains auteurs[750], cette affirmation laisse entendre que dans les situations non couvertes par la Convention de Lugano[751], le juge de l'État membre du domicile du défendeur est compétent en vertu du RBI *bis*, même si les juridictions d'un État tiers pourraient revendiquer une compétence exclusive au regard des articles 24 et 25 du règlement. La Cour de justice semble, alors, refuser d'admettre que la théorie de l'effet réflexe joue dans cette hypothèse.

Cette interprétation regrettable de l'avis a été retenue par la Commission européenne dans son rapport relatif à l'application du règlement Bruxelles I, établi en vue de la refonte de celui-ci[752]. La Commission y constate que *« le fonctionnement du règlement vis-à-vis des pays tiers a été analysé par la Cour dans son avis n° 1/03 dans lequel elle a estimé en particulier que les règles de compétence du règlement s'appliquent lorsque le défendeur est domicilié dans un État membre dans les affaires où les critères de rattachement relatifs à la compétence exclusive au titre des articles 22 et 23 se trouvent dans un pays tiers (absence de ce qui est appelé « effet réflexe ») »*.

400. Toutefois, il convient d'observer que tous les auteurs n'ont pas été convaincus par cette interprétation de l'avis 1/03. Selon L. Usunier, ce dernier corrobore la théorie de l'effet réflexe, dans la mesure où, pour conclure à la compétence exclusive de la Communauté pour signer la nouvelle Convention de Lugano, la Cour de justice relève que le système de compétence établi par le chapitre II du RBI s'applique non seulement aux rapports entre différents États membres mais également aux rapports entre un État membre et un État tiers[753] (point 144 de l'avis).

---

[750] D'après, J.-P. Beraudo et M.-J. Beraudo, *« cette affirmation écarte l'effet réflexe de la règle de compétence exclusive : si la matière relève par nature d'une règle de compétence exclusive, mais que celle-ci se réalise dans un État tiers, en l'absence de convention internationale conclue avec l'État tiers, le juge d'un État membre applique les règles de compétence ordinaires de l'instrument de l'Union »* (J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *op. cit.*).

[751] Nous rappelons que la Convention de Lugano est applicable dans les relations entre les États membres de l'Union européenne parties au RBI *bis* et les États membres de l'AELE (Association européenne de libre échange) – qui sont l'Islande, la Norvège et la Suisse, à l'exception du Liechtenstein. La Convention de Lugano est aussi applicable dans les relations entre les États membres de l'AELE qui sont parties à la convention de Lugano *inter se*. Elle a été également signée par le Danemark.

[752] V. Rapport sur l'application du règlement (CE) n° 44/2001, 21 avr. 2009, (COM)2009 174 final.

[753] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale, op. cit*, p. 347, n° 405. V. aussi C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *RTD eur*., 2011, p. 117, pour qui l'avis 1/03 parachève la construction entamée avec les arrêts *Group Josi* (CJCE, 13 juill. 2000, n° C-412/98, *Josi Reinsurance (Sté) c/ Universal General Insurance (Sté), D.* 2000. 236, Rec. I-5925) et *Owusu* et corrobore « l'internationalisation » du règlement. En ce sens, A. V.M (Teun) STRUYCKEN, « Bruxelles I et le monde extérieur », in *Nouveaux instruments du droit international privé, Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, p. 893, spéc. p. 903 ; Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* :

Dans ces circonstances, il est permis de considérer, compte tenu de l'interprétation variée de l'avis et du fait qu'il ne traite pas directement de la question de l'effet réflexe, mais de celle de la compétence de la Communauté pour conclure des conventions avec des État tiers, que la condamnation de la théorie de l'effet réflexe, que la Cour de justice semble exprimer dans son avis, est assez implicite.

D. La consécration de l'effet réflexe par le juge anglais

401. ***L'affaire Ferrexpo***. Ce sont finalement les juridictions anglaises qui ont consacré l'effet réflexe de trois dispositions du RBI dans l'affaire *Ferrexpo*[754]. En l'espèce, deux hommes d'affaires, l'un Russe et l'autre Ukrainien, possédant des sociétés de droit suisse et de droit anglais, s'affrontaient devant la *High Court* de Londres, compétente en vertu de l'article 2 du RBI, concernant la propriété des actions d'une société minière ukrainienne.

Les sociétés défenderesses demandaient le déclinatoire de compétence du juge anglais, puisqu'une première action a été antérieurement intentée en Ukraine à propos de ce litige. Afin de justifier le dessaisissement du juge anglais, elles invoquaient l'effet réflexe qu'il convenait de reconnaître à l'article 22 §2 RBI – attribuant en l'espèce compétence exclusive au juge ukrainien en tant que juge du siège de la société dont les organes ont pris les décisions qui ont fait l'objet du litige[755] – ainsi qu'à l'article 28 du règlement, permettant au juge anglais de se dessaisir en faveur du juge ukrainien premier saisi d'une action connexe.

Cette argumentation a été accueillie par la High Court qui a même ajouté la reconnaissance d'un effet réflexe à l'article 27 du RBI relatif à l'exception de litispendance. Le juge anglais a alors expressément admis l'effet réflexe de ces dispositions, en reconnaissant la priorité de l'activité juridictionnelle des juridictions d'un État tiers à l'Union.

402. ***L'effet réflexe de l'article 22 du RBI***. Afin de justifier sa décision la *High Court* anglaise a estimé que les raisons avancées par la CJUE dans son arrêt *Owusu* pour interdire au

baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 359, spéc. n° 22.

[754] High Court de Londres, *Ferrexpo AG v Gilson Investments Ltd & Ors*, 3 avril 2012, [2012], EWHC 72.

[755] Selon les sociétés défenderesses, le §3 de l'article 22 est également concerné, car il attribuait compétence exclusive au juge ukrainien en tant que juge du lieu de l'enregistrement des cessions de parts sociales litigieuses, c'est-à-dire juge du lieu où sont tenus les registres contenant les inscriptions dont la validité faisait l'objet du litige. Le juge anglais a considéré que le litige était aussi relatif à la validité des inscriptions portées sur des registres publics tenus en Ukraine.

juge d'un État membre de décliner la compétence, qu'il tire de l'article 2 du RBI, en faveur du juge d'un État tiers à l'Union ne s'appliquent pas aux litiges qui portent sur une des matières pour lesquelles l'article 22 pose une règle de compétence exclusive. Dans le cadre d'un tel litige, le défendeur doit s'attendre à être poursuivi devant les tribunaux de l'État tiers concerné par l'objet du litige et *« cette attente raisonnable concorde avec l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité dont la Cour de justice reconnaît l'importance cardinale dans l'arrêt Owusu »*[756].

403. Concrètement, dans l'affaire *Owusu*, la Cour de justice a interdit au juge anglais de se dessaisir sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens* pour des raisons de sécurité juridique. Dans l'arrêt *Ferrexpo*, au contraire, le juge d'un État membre envisage de renoncer à sa compétence non pas sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens* mais sur celui de la théorie de l'effet réflexe. Ainsi, sa décision n'est pas discrétionnaire mais soigneusement encadrée, dans la mesure où le déclinatoire de compétence ne peut être prononcé que pour une cause prévue par le règlement lui-même dans les rapports entre États membres ; les hypothèses devant conduire au dessaisissement du juge du for sont clairement et limitativement identifiées par le règlement.

Toutefois, le juge anglais considère que le dessaisissement au profit du juge d'un État tiers doit demeurer facultatif, afin d'éviter d'exposer les parties à un risque réel d'injustice, si les règles de procédure applicables dans l'État tiers ne garantissent pas le respect du droit à un procès équitable. L'automaticité du dessaisissement ne semble pas appropriée, puisque le principe de confiance mutuelle, qui s'impose entre les juridictions des États membres ne joue pas de la même manière en faveur des juridictions des États extérieurs à l'Union européenne.

404. ***L'effet réflexe des articles 27 et 28 du RBI***. Quant à l'effet réflexe qu'il faudrait reconnaître à l'article 28 du RBI concernant l'exception de connexité, le juge anglais constate que dans la jurisprudence anglaise, il existe des arrêts contradictoires sur la question de savoir si l'arrêt *Owusu* interdit ou non au juge d'un État membre de se dessaisir au profit des juridictions d'un État tiers également saisies, en cas de conflit de procédures[757].

---

[756] Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 11.

[757] V. *Catalyst Investment Group v. Lewinsohn* [2009] EWHC 1964 (Ch) se prononçant contre le dessaisissement dans une telle hypothèse ; *contra JKN v. JCN* [2010] EWHC 843 (Fam).

Mais, il a finalement estimé que l'impossibilité de se prononcer sur cette question, alors que cette possibilité existe entre les États membres, *« représenterait une regrettable lacune, d'une part, pour les parties, exposées à des coûts procéduraux et à l'incertitude du résultat du litige, et d'autre part, pour le système européen de compétence dont deux objectifs majeurs, éviter les procédures contradictoires et assurer la reconnaissance des décisions entre les États membres, seraient déçus »*[758]. Il s'est, ainsi, rallié à la thèse favorable au dessaisissement dans une telle hypothèse en admettant l'effet réflexe de l'article 28[759].

405. Il convient de préciser, qu'en l'espèce, le juge anglais a considéré que c'était plutôt l'article 27 du RBI relatif à l'exception de litispendance dont l'application devait être recherchée, car les procédures anglaise et ukrainienne avaient le même objet, la même cause et impliquaient les mêmes parties. L'effet réflexe devrait également être reconnu à cette disposition mais le juge a constaté que la condition d'identité des parties était remplie à partir du moment la société *Ferrexpo* a été jointe comme co-défenderesse à la procédure ukrainienne ; or, cette jonction s'était opérée après la saisine de la juridiction anglaise.

Dans ces conditions, l'article 27 ne pouvait pas fonder le dessaisissement du juge anglais au profit du juge ukrainien. C'est la raison pour laquelle le juge anglais a conclu que *« quand bien même devrais-je admettre l'effet réflexe des articles 27 et 28 du règlement Bruxelles I, l'article 27 (tel qu'appliqué), et non l'article 28, gouverne ce cas » ; « en aurais-je eu la possibilité, que j'aurais ordonné la suspension de l'instance anglaise (stay) sur le fondement de l'effet réflexe de l'article 28 (comme il en a été de l'article 22) ».* Il a finalement décliné sa compétence sur

[758] Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 14.
[759] Concernant le caractère facultatif de l'effet réflexe de l'article 28, la réponse du juge anglais n'est pas claire, mais *« il semble qu'il considère qu'étant donné que cette faculté existe déjà entre États membres, il suffit d'appliquer l'article 28 par analogie aux rapports avec les États tiers »* (Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 14).

le fondement de l'effet réflexe attribué à l'article 22 du RBI et en s'appuyant sur des règles du Code anglais de procédure civile[760] [761].

La refonte du RBI a donné à l'arrêt *Ferrexpo* des allures de précurseur, dans la mesure où l'une des innovations majeures de la révision du règlement a été la mise en place des mécanismes permettant aux juridictions des États membres de décliner la compétence que leur attribue le texte en cas de conflit de procédures avec une juridiction d'un État tiers.

[760] Le juge anglais a ordonné une suspension de la procédure (*stay*) en application du paragraphe 3.1 (2)(f) des Civil Procedure Rules. Cet article prévoit la possibilité de *« suspendre totalement ou partiellement toute procédure ou jugement soit généralement ou à compter d'une date ou d'un événement spécifique »* afin de s'assurer que la justice soit correctement administrée devant le juge anglais. Ainsi, selon ce dernier, le dessaisissement, en l'espèce, pouvait également être ordonné pour des motifs tenant à la bonne administration de la justice anglaise (*case management stay*) afin d'éviter que des décisions contradictoires soient rendues en Angleterre et en Ukraine. Même si le juge anglais, souligne – afin de préserver la compatibilité d'un tel pouvoir avec l'interdiction d'avoir recours à la doctrine du *forum non conveniens* – que *« la cour n'exercera pas son pouvoir discrétionnaire lorsqu'un tel exercice serait contraire au règlement Bruxelles I ou lui permettrait d'introduire des considérations propres à la doctrine du forum non conveniens »*, cette référence à la bonne administration de la justice est, cependant, contestable. Les considérations à prendre en compte par le juge qui ordonne son dessaisissement pour ce motif *« sont très proches, sinon identiques, à celles qui président à la mise en œuvre de la doctrine du forum non conveniens »*, qui a été condamnée dans l'arrêt *Owusu* (Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 30).

[761] L'abus du droit d'agir a aussi motivé le dessaisissement du juge anglais. Ce dernier a considéré que l'action portée devant lui était constitutive d'un abus de droit d'agir et n'avait d'autre objet que de reproduire inutilement la procédure déjà entamée en Ukraine, car ni la société étrangère dont les décisions étaient contestées, ni les organes tenant les registres utiles à la résolution du conflit n'étaient parties à la procédure anglaise. En outre, le seul pays dans lequel la décision anglaise à venir pourrait se voir reconnaître une quelconque efficacité serait l'Ukraine. Or, ceci paraissait irréaliste, dans la mesure où le litige portait sur des questions, qui étaient regardées comme relevant de la compétence exclusive des juridictions ukrainiennes. Avant d'ordonner son dessaisissement, le juge anglais a également vérifié qu'il n'y avait pas de risque que le demandeur soit victime d'une injustice devant les juridictions ukrainiennes pour cause de manque d'indépendance ou de corruption. Il a considéré que le demandeur – la société *Ferrexpo* – n'a pas apporté des éléments probants établissant de façon spécifique l'existence d'un tel risque réel (v. Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 18). La CJUE semble admettre que l'abus du droit d'agir constitue un motif général de dessaisissement, même lorsque la règle de compétence uniforme à laquelle il est dérogé intervient dans un contexte purement intra-européen. Selon l'arrêt *Kefalas*, il est de *« jurisprudence constante que les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes communautaires »* (CJUE 12 mai 1998, *Kefalas e.a.*, aff. C-367/96, *Rev. sociétés* 1998. 794, note S. DANA-DÉMARET ; *RTD com.* 1998. 1000, obs. M. LUBY), et la Cour de justice a également affirmé que *« les juridictions nationales peuvent dès lors, en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif de l'intéressé pour lui refuser, le cas échéant, le bénéfice de la disposition de droit de l'Union invoquée. À cet égard, elles doivent cependant prendre en considération les objectifs poursuivis par la disposition en cause »* (CJUE 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97, *RTD com.* 2000. 777, obs. M. LUBY). Autrement dit, les règles nationales de procédure sont applicables, à condition qu'elles ne portent pas atteinte à l'effet utile du droit de l'Union (CJUE 15 mai 1990, *Kongress Agentur Hagen GmbH v. Zeehaghe*, *Rev. crit. DIP* 1990. 564, note H. GAUDEMET-TALLON). La doctrine admet aussi la possibilité de refuser l'exercice d'une compétence uniforme, en application du droit national, au motif que le for aurait été abusivement ou frauduleusement saisi (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « The Mandatory Nature of Article 2 of the Brussels Convention and Derogation from the Rule It Lays Down », in *Forum Shopping in The European Judicial Area*, Oxford, Hart Publ., 2007, p. 101 ; G. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *Trav. Com. fr. DIP*, 1993-1995. 96, spéc. 107 ; A. NUYTS, « The Enforcement of Jurisdiction Agreements Further to Gasser and the Community Principle of Abuse of Right », in P. de Vareilles-Sommières (éd.), *Forum Shopping in the European Area*, Oxford, Hart Publ, 2007, p. 55).

§2 La prise en compte de la théorie de l'effet réflexe dans le cadre du RBI *bis* en cas de conflits de procédures

406. Avant d'étudier le mécanisme retenu par le RBI révisé en matière de litispendance et de connexité extra européenne (II), il serait intéressant de voir comment la doctrine a interprété le silence tenu par le droit de l'Union, jusqu'à la révision du RBI, sur la question de savoir si le juge d'un État membre, compétent en vertu des instruments européens, pouvait décliner sa compétence en faveur du juge d'un État non-membre (I).

I. L'interprétation du silence des textes européens par la doctrine

407. Une partie de la doctrine a interprété le silence tenu par le droit européen comme une interdiction totale de dessaisissement du juge d'un État membre au profit de celui d'un État tiers (A). Nous allons, toutefois, voir qu'il s'agit d'une approche contestable. Le silence des textes européens pourrait, par ailleurs, être interprété comme un renvoi pur et simple au droit national, ce qui constitue également une solution inappropriée (B).

A. L'interdiction de dessaisissement du juge d'un État membre en faveur des juridictions d'un État tiers

408. ***L'interdiction de déclinatoire de compétence au profit des tribunaux d'un État tiers.*** Une première option consiste à interpréter ce silence comme une interdiction du déclinatoire de compétence au profit des États tiers, dès lors qu'une règle communautaire désigne le tribunal d'un État membre. D'après certains auteurs[762], cette thèse peut être défendue à propos de cas de compétence exclusive, puisque – comme nous l'avons déjà mentionné[763] – les rapports officiels dressés pour la Convention de Lugano et pour celle de Saint Sébastien semblent rejeter toute possibilité pour une juridiction d'un État membre de se dessaisir en faveur des juridictions d'un État tiers sur le territoire duquel serait situé l'immeuble, objet du litige.

L'arrêt *Owusu* paraît aussi appuyer cette interprétation lorsqu'il affirme que l'article 2 RBI a un caractère impératif et il ne peut être dérogé à la règle de principe qu'il énonce que dans

[762] J.-P. BERAUDO, M.-J. BERAUDO, *Convention de Bruxelles, conventions de Lugano et Règlements (CE) n° 44/2001 et (UE) n° 1215/2012…, op. cit.*, n° 10.
[763] V. *supra*, n° 388 et s..

des cas expressément prévus par ladite convention. Enfin, ainsi qu'il a été précisé auparavant, l'avis 1/03 de la CJUE laissait entendre qu'il est interdit au juge d'un État membre de renoncer à une compétence uniforme ordinaire, lorsque les critères de rattachement relatifs à la compétence exclusive au titre des articles 22 et 23 RBI se trouvent dans un pays tiers.

409. ***Une interprétation contestable***. Toutefois, cette interprétation du silence tenu par les textes ne s'impose pas, dans la mesure où, comme nous avons expliqué plus haut, la condamnation de l'effet réflexe par les rapporteurs des Conventions de Lugano et de Saint-Sébastien n'est pas certaine[764], et la CJUE dans son arrêt *Owusu* laisse planer un doute sur la place qu'il convient d'accorder à la doctrine du *forum non conveniens* et la théorie de l'effet réflexe en cas de conflit de procédures ou de compétence exclusive du juge de l'État tiers, sans exclure totalement le jeu des mécanismes de dessaisissement du droit national d'un État membre dans des cas non expressément prévus par la Convention de Bruxelles[765]. En outre, l'avis 1/03 a fait l'objet d'interprétations variées dans la doctrine, ce qui ne permet pas d'affirmer avec certitude qu'il a rejeté définitivement la théorie de l'effet réflexe[766].

410. ***Une interprétation fondée sur une position intenable***. Dans tous les cas, cette thèse consistant à interdire totalement le déclinatoire de compétence en faveur des États tiers ne paraît pas pouvoir être maintenue, dans la mesure où elle est fondée sur une position intenable selon laquelle l'espace judiciaire européen pourrait fonctionner de manière totalement autarcique et indépendante des États tiers. Ainsi que le rappellent certains auteurs, *« il serait extrêmement regrettable que la construction européenne aboutisse à isoler les États membres de l'UE du reste du monde, à gêner ou à empêcher les rapprochements avec des État tiers »*[767] ; *« le droit européen de la compétence ne saurait se construire seulement comme un droit intra-européen, et doit justement s'adapter à l'éventuelle compétence des juridictions d'États tiers »*[768]. Il est

[764] A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe », *op. cit*., p. 87.
[765] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale, op. cit,* p. 344 et s.. *Contra* G. CUNIBERTI et M. M. WINKLER, note sous CJCE 1er mars 200, *Owusu c. Jackson*, aff. C – 281/02, *JDI* 2005.1177, p. 1191.
[766] J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *Convention de Bruxelles, conventions de Lugano et Règlements (CE) n° 44/2001 et (UE) n° 1215/2012…, op. cit*., n° 10 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale, op. cit*, p. 347, n° 405 ; C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », RTD eur., 2011, p. 117 ; A. V.M (Teun) STRUYCKEN, « Bruxelles I et le monde extérieur », in Nouveaux instruments du droit international privé, Liber Fausto Pocar, Giuffrè, 2009, p. 893.
[767] H. GAUDEMET-TALLON, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », in *International Conflict of Laws for the Third Millennium – Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Transnational Publishers, Ardsely, New York, p. 317 et s., spéc. p.332.
[768] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, *op. cit*., n° 525.

excessif de considérer que les auteurs des textes européens ont entendu construire un système de compétence totalement cloisonné qui nierait l'activité juridictionnelle des États tiers.

411. ***La prise en compte de l'activité juridictionnelle des États tiers dans la Convention de Bruxelles***. Avant même la refonte du RBI, ce dernier et la Convention de Bruxelles tenaient déjà compte de l'activité juridictionnelle des États tiers, puisque l'article 34 §4 RBI reprenant l'article 27 §5 de la Convention de Bruxelles, prévoyait que la décision rendue par le tribunal d'un État membre peut se heurter à un refus de reconnaissance dans un autre État membre si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un État tiers, lorsque cette dernière décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis[769].

Cette disposition reconnaît « *la primauté du fruit de l'activité juridictionnelle des États tiers – le jugement étranger – sur celui des tribunaux des États membres. Si on combine cette reconnaissance de l'activité juridictionnelle extra communautaire avec l'un des objectifs fondamentaux des règles uniformes, qui est d'éviter le prononcé de décisions contradictoires, il faut nécessairement admettre la possibilité, au moins, dans certains cas, que les tribunaux des États membres puissent décliner leur compétence en faveur des juridictions des États tiers* »[770].

B. Le renvoi pur et simple au droit national

412. ***Le retour au droit national***. Par ailleurs, le silence des textes européens sur la question du dessaisissement des juges des États membres au profit des États tiers pourrait également être interprété comme un renvoi pur et simple au droit national. Selon R. Fentiman[771], étant donné que le régime européen de compétence se borne à fixer la compétence des États membres et à définir les cas dans lesquels il doit y être dérogé en faveur des autres États membres, sans traiter la question de savoir si la compétence d'une juridiction d'un État membre peut être déclinée en faveur des juridictions d'un États tiers, la seule option raisonnable est de considérer que cette question reste régie par le droit national.

[769] Cette règle est reprise à l'article 45 §1 d) du RBI *bis*.
[770] A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe », *op. cit.*, p. 79-80.
[771] R. FENTIMAN, « National Law and the European Regime », in *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruylant, 2005, p. 83.

Une partie de la doctrine a aussi affirmé que le droit national des États membres avait vocation à régir la situation dans laquelle il existe, soit une situation de litispendance internationale entre les juridictions d'un État membre et celles d'un État tiers, soit une clause attributive de compétence désignant les tribunaux d'un État tiers[772].

413. ***Une solution inappropriée***. Cependant, une telle solution ne semble pas adéquate, en cas de compétence exclusive du juge d'un État tiers, car elle revient à déterminer les hypothèses de dessaisissement en faveur de ce dernier en fonction des règles de compétence exclusive du droit national des États membres. Or, ces règles ne sont pas les mêmes d'un État membre à l'autre, et par conséquent, un tel renvoi au droit national pourrait porter atteinte à l'application uniforme des règles communautaires. C'est la raison pour laquelle la doctrine[773] préconise la mise en œuvre de la théorie de l'effet réflexe au lieu d'un renvoi pur et simple au droit national, dans le cas de réalisation sur le territoire d'un État tiers d'un critère de compétence exclusive analogue à l'un de ceux prévus dans les textes européens.

Ainsi que nous l'avons noté précédemment, la jurisprudence nationale[774] semblait conforter cette thèse tenant au renvoi pur et simple au droit national, puisqu'elle avait pris parti en faveur de l'applicabilité du droit international privé du for à la question de la validité d'une clause attributive de juridiction désignant le juge d'un État tiers dans une situation où la compétence du tribunal saisi résultait d'une règle européenne. La même solution a été retenue par certains arrêts en matière de litispendance ou de connexité internationale[775].

---

[772] V. H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit*, n° 323. Le rapport Schlosser précisait aussi que la Convention de Bruxelles ne règle pas le sort de la clause désignant le juge d'un État tiers et qu'il convient d'apprécier la validité de cette clause en application du droit international privé commun de l'État membre dont le juge a été saisi (Rapport Schlosser, JOCE C 59, 5 mars 1979, § 176).

[773] G. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne*, Dalloz, 1972, n° 164 et s. ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du 27.9.1968*, Jupiter, 1985, n° 142 ; Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, n° 620 et s. ; A. NUYTS, *L'exception de « forum non conveniens » : étude de droit international privé comparé*, Bruxelles Paris, Bruylant L.G.D.J., 2003, n° 188 et s. Sur la différence de traitement entre les compétences exclusives, d'une part, et les conflits de procédures et les clauses attributives de juridiction, d'autre part, v. M. FALLON, « L'applicabilité du règlement Bruxelles I aux situations externes après l'avis 1/03 », *op. cit*.).

[774] Cass. com., 19 déc. 1978, *Europa Carton*, *op. cit.* ; *contra*, v. cependant CA Versailles, 26 sept. 1991, *op. cit.* ; *Konkola Copper Mines plc V. Coromin* [2005] 2 Lloyd's.

[775] Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-28.846, *Yaknoo*, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 638, rapp. J.-P. RÉMERY ; *D.* 2013, p. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE. La jurisprudence anglaise a abouti à des résultats contradictoires sur cette question, v. *Catalyst Investment Group v. Lewinsohn* [2009] EWHC 1964 ; *JKN v. JCN* [2010] EWHC 843.

414. ***La compatibilité incertaine avec la jurisprudence Owusu***. Toutefois, comme le remarque L. Usunier[776], interpréter le silence des instruments européens sur la possibilité pour les juges des États membres de décliner leur compétence en faveur du juge d'un État tiers comme un renvoi pur et simple au droit national des États membres pouvait conduire à des résultats excessifs, dans la mesure où le droit national peut apporter des correctifs aux règles de compétence prévues par le droit de l'Union et ajouter des motifs de déclinatoire de compétence non prévus par les instruments européens eux-mêmes.

L'arrêt *Harrods*[777] constitue une illustration de ce risque, puisque le juge anglais a affirmé, dans cet arrêt, que le droit anglais, et plus précisément la doctrine du *forum non conveniens*, permettait au juge national de renoncer à sa compétence fondée sur la Convention de Bruxelles à chaque fois que le juge d'un État tiers lui apparaissait plus approprié pour trancher le litige. C'est pourquoi la CJUE, dans son arrêt *Owusu*, a condamné le recours à la doctrine du *forum non conveniens* lorsque la compétence du juge anglais est fondée sur le droit de l'Union, laissant, pourtant, planer un doute sur la compatibilité de cette doctrine avec le droit européen en cas de conflit de procédures ou de compétence exclusive.

415. ***Le risque de porter atteinte aux objectifs de prévisibilité et d'uniformité de l'application du droit de l'Union***. Dans ces conditions, la thèse du renvoi au droit national pour ordonner un dessaisissement de compétence en faveur des juridictions d'un État tiers ne semble pas satisfaisante, compte tenu de l'incertitude dans laquelle l'arrêt *Owusu* place les mécanismes nationaux et du risque de porter atteinte à l'application uniforme des règles européennes s'il faut consulter le droit national de l'État membre du for. C'est ainsi que le juge anglais a préféré recourir à la théorie de l'effet réflexe, dans l'arrêt *Ferrexpo*, au lieu d'opérer un renvoi pur et simple au droit national et à la doctrine du *forum non conveniens*[778].

La question de l'effet réflexe a été finalement prise en compte dans le cadre du RBI refondu, mais uniquement en cas de conflits de procédures. Le RBI *bis* demeure silencieux sur la

[776] L. USUNIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale… », *op. cit.*, *J-Cl. Droit international*, Fasc. 584-170, 7 octobre 2015, n° 45.
[777] Re Harrods (Buenos Aires) Ltd [1992] Ch 72 (CA).
[778] Le juge anglais a fait reposer son dessaisissement sur l'effet réflexe attribué à l'article 22 du RBI mais aussi sur des règles du Code anglais de procédure civile et, plus précisément, sur des motifs tenant à la bonne administration de la justice anglaise (*case management stay*). Or, il y a *« une parenté étroite qui lie l'hypothèse du forum non conveniens et à celle du case management stay »* (v. Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 30).

question de savoir si le juge d'un État membre peut se fonder sur les règles de compétence exclusive prévues à l'article 24 pour décliner la compétence que lui attribue le règlement lorsque l'un des critères de rattachement que vise ledit article se réalise sur le territoire d'un État tiers à l'Union.

En outre, aucune disposition ne vise l'hypothèse où une clause attributive de juridiction désigne les tribunaux d'un État tiers. Seules les situations de litispendance et de connexité font l'objet d'une prise en considération de la concurrence juridictionnelle entre les juridictions de l'espace judiciaire européen et celles des États tiers. Il est, pourtant, important d'étudier ce mécanisme de litispendance et de connexité internationale consacré par le RBI *bis*, car son caractère souple permet de prendre en compte des compétences exclusives tierces, mais dans un cadre restreint.

II. Le mécanisme de litispendance et de connexité internationale consacré par le RBI *bis*

416. Nous examinerons d'une part, la mise en place de ce mécanisme et surtout les modalités concrètes du dessaisissement, qui sont déterminées par le législateur européen lui-même (A) et d'autre part, la prise en considération des compétence exclusives tierces que ce système permet de respecter, mais dans un cadre limité (B). Nous allons constater qu'il s'agit d'un mécanisme souple, qui réalise un mélange entre la tradition du droit civil et celle de la *common law* (C).

A. La mise en œuvre du mécanisme de litispendance et de connexité extra-européenne

417. ***Les conditions préalables***. Les articles 33 et 34 du RBI *bis* permettent, sous certaines conditions, au juge d'un État membre, compétent en vertu du règlement, de décliner sa compétence au profit du juge d'un État tiers parallèlement saisi de la même affaire ou d'une affaire liée. Plus précisément, la mise en œuvre de ces dispositions repose sur la condition qu'au moment où le juge de l'État membre a été saisi, la procédure était déjà pendante devant la juridiction de l'État tiers – la règle *prior tempore* est alors maintenue.

Par ailleurs, seules les compétences concurrentes prévues par le règlement peuvent être déclinées en cas de conflit de procédures avec le juge d'un État tiers ; cette restriction préserve les compétences protectrices des parties faibles et les compétences exclusives à raison de la

volonté des parties ou à raison de la matière litigieuse des juridictions des États membres. Quant aux autres conditions d'applicabilité, l'article 33 relatif à la litispendance prévoit classiquement la condition tenant à la triple identité de parties, de cause et d'objet comme en cas de conflit de procédures intra-européen et l'article 34 se déclare applicable, lorsque la juridiction de l'État tiers est saisie d'une demande connexe à celle portée devant la juridiction de l'État membre.

418. ***Les modalités concrètes du dessaisissement***. Une fois que ces conditions préalables sont réunies, le règlement énonce les conditions dans lesquelles le dessaisissement pourra intervenir. Il est, ainsi, intéressant d'observer que le législateur européen ne s'est pas contenté d'affirmer la possibilité pour le juge de l'État membre de décliner la compétence que lui confère le texte en cas de litispendance ou de connexité extra-européenne en renvoyant au droit national des États membres le soin de déterminer les conditions et les modalités concrètes du dessaisissement, comme le préconise la théorie classique de l'effet réflexe. Au contraire, il fixe lui-même ces modalités. Ce refus de renvoyer au droit national vise à garantir les objectifs de prévisibilité et d'uniformité de l'application du droit de l'Union.

419. ***Le sursis à statuer facultatif***. Dans cette optique, le règlement prévoit que le tribunal de l'État membre peut surseoir à statuer si le juge de l'État tiers rend une décision susceptible d'être reconnue et, le cas échéant, exécutée dans ledit État membre et s'il est convaincu que le sursis est nécessaire pour une bonne administration de la justice. Le sursis à statuer permettra d'assurer ces vérifications avant de prononcer le dessaisissement définitif.

La solution est remarquable, car elle introduit une forme de souplesse dans le règlement des conflits de procédures avec un État tiers en attribuant au juge de l'État membre saisi en second lieu un pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'opportunité de son déclinatoire de compétence. Cette flexibilité est nécessaire, dans la mesure où il ne paraît pas possible d'obliger le juge de l'État membre à se dessaisir systématiquement en faveur du juge d'un État tiers, à la seule condition que ce dernier ait été saisi de la même affaire.

En effet, l'État tiers n'est pas lié par les règles communes de compétence directe applicables dans les affaires intracommunautaires – rien ne garantit, alors, que sa compétence soit raisonnable – et sa décision à venir ne sera pas nécessairement reconnue dans l'État membre. L'automaticité du dessaisissement prévu par le règlement en cas des conflits de procédures intra-européens se justifie par le fait que les États membres sont liés par des règles communes

de compétence et la décision du juge de l'État membre premier saisi bénéficiera du régime de reconnaissance libéral institué par le règlement.

420. ***L'établissement d'un pronostic de reconnaissance, le renvoi partiel au droit national***. Dans ces circonstances, se comprend mieux l'exigence posée par le texte subordonnant le sursis à statuer à l'établissement d'un pronostic de reconnaissance du jugement étranger à venir, qui permettra d'assurer un contrôle de la compétence du juge de l'État tiers[779] premier saisi et éviter d'exposer les parties à un déni de justice. Or, en énonçant cette exigence, le législateur européen opère un renvoi partiel au droit national des États membres, qui semble inévitable, puisque la régularité internationale des jugements émanant d'États tiers relève du droit national. Cette approche doit, cependant, être distinguée de celle – que nous avons examinée auparavant – et qui préconise le renvoi pur et simple au droit national pour régler la question du dessaisissement des juges des États membres en faveur des États tiers. Elle doit aussi être distinguée de la théorie classique de l'effet réflexe qui opère un renvoi au droit national pour l'ensemble des modalités du déclinatoire de compétence.

421. ***Les autres modalités du déclinatoire de compétence***. Par ailleurs, il convient de préciser qu'aux termes des articles 33 et 34 du RBI *bis*, le sursis à statuer se mue en un dessaisissement définitif lorsque la juridiction de l'État tiers rend une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée dans l'État membre du juge saisi. La juridiction de l'État membre peut, cependant, reprendre à tout moment l'instance si l'action pendante dans l'État tiers est l'objet d'un sursis à statuer ou d'un dessaisissement, si le juge de l'État membre estime que cette action ne sera pas tranchée dans un délai raisonnable ou si la poursuite de l'instance est indispensable à la bonne administration de la justice[780].

---

[779] En France, selon la jurisprudence *Cornelissen*, l'établissement du pronostic de reconnaissance du jugement étranger implique de contrôler la compétence indirecte du juge étranger (Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, *D.* 2007, p. 1115, obs. I. GALLMEISTER, note L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT). Ce contrôle suppose d'établir, outre le respect des compétences exclusives du juge français, que le juge étranger entretient un lien caractérisé avec le litige (Cass. 1re civ., 6 févr. 1985, n° 83-11.241, *Simitch, Rev. crit. DIP* 1985, p. 243, chron. Ph. FRANCESCAKIS ; *JDI* 1985, p. 460, note A. HUET). Le droit international privé français avait aussi retenu l'obligation d'établir un pronostic de reconnaissance du jugement étranger à venir en tant que condition d'accueil de l'exception de litispendance internationale (Cass. 1re civ., 26 nov. 1974, n° 73-13.820, *Sté Miniera di Fragne, Rev. crit. DIP* 1975, p. 491, note D. HOLLEAUX ; *JDI* 1975, p. 108, note A. PONSARD).

[780] Concernant la connexité, s'ajoute, dans la liste des motifs de reprise de l'instance, la disparition du risque que les décisions soient inconciliables.

B. La prise en considération des compétence exclusives dans un cadre restreint

422. ***La prise en compte des compétences exclusives tierces***. Même si les dispositions ne se réfèrent pas explicitement aux situations dans lesquelles le juge d'un État tiers pourrait légitimement revendiquer une compétence exclusive, la souplesse de mécanisme retenu témoigne d'une volonté de respecter les compétences exclusives tierces. Ainsi que nous l'avons précisé, le sursis à statuer du juge de l'État membre saisi en second lieu est subordonné à la condition qu'il apparaisse nécessaire pour une bonne administration de la justice.

Or, le considérant 24 du RBI *bis* explicite la façon dont cette condition doit être appréciée et il affirme que l'évaluation de la bonne administration de la justice *« peut également porter sur la question de savoir si la juridiction de l'État tiers a une compétence exclusive dans le cas d'espèce dans des circonstances où la juridiction d'un État membre aurait une compétence exclusive »*. Ces circonstances sont liées soit à la matière objet du litige soit à l'existence d'une clause attributive de juridiction.

423. ***Le respect des compétences exclusives tierces dans un cadre limité***. Le règlement prend, alors, en compte les compétences exclusives des juridictions des États tiers mais à condition qu'un conflit de procédures parallèles extra-européen soit en cause et dans la seule hypothèse où le juge étranger est saisi en premier lieu. En d'autres termes, *« la prise en considération de l'activité juridictionnelle des États tiers reste limitée au cas où la concurrence juridictionnelle entre un État membre et un État non-membre prend une tournure pathologique et se complique d'un conflit de procédures parallèles »*[781]. Par conséquent, si le juge de l'État membre est premier saisi[782] ou si le juge de l'État tiers n'est pas encore saisi, le dessaisissement en faveur de ce dernier n'est pas envisagé.

---

[781] Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit*., n° 50. L'auteur souligne aussi que la règle *prior tempore* encourage des comportements déloyaux, puisque l'une des parties aura intérêt à ancrer le litige devant le for d'un État membre pour éviter d'avoir à respecter la compétence exclusive tierce liée à l'objet du litige ou à la clause d'élection de for à laquelle elle s'est engagée.

[782] Se pose, dans ce cadre, la question de la détermination du moment où une telle saisine a été lieu. L'article 32 du règlement définit la notion de « saisine » d'une juridiction, mais il n'est pas certain que son application doive être étendue pour déterminer le moment de la saisine d'une juridiction d'un État tiers. Comme l'observe Ch. Chalas, *« les analyses de droit comparé démontrent que les différents États n'ont pas du tout la même conception de la « saisine » d'un tribunal, qu'il s'agisse des actes nécessaires à celle-ci ou de ce qui a trait au moment où elle a lieu »* (Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit*., n° 51 ; v. aussi L. USUNIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale… », *op. cit*., *J-Cl. Droit international*, Fasc. 584-170, 7 octobre 2015, n° 51).

L'arrêt *Ferrexpo* permet de démontrer le caractère restreint du cadre dans lequel les compétences exclusives des États tiers sont prises en compte. En effet, dans cette affaire, le juge anglais a conclu à la primauté de saisine de la juridiction anglaise par rapport à la juridiction ukrainienne mais cette circonstance ne l'a pas empêché de décliner sa compétence au profit du juge de l'État tiers, en faisant produire à l'article 22 RBI un effet réflexe autonome, non subordonné à la règle *prior tempore*. Or, le RBI *bis « n'aurait pas permis ce résultat, puisque la compétence exclusive des juridictions ukrainiennes n'aurait mérité considération que si elles avaient été premières saisies, ce qui n'était pas le cas »*[783].

C. Un mécanisme souple réalisant un mélange entre la tradition du droit civil et celle de la common law

424. ***Un système flexible conciliant la tradition civiliste et celle de la common law***. Après avoir décrit le mécanisme consacré aux articles 33 et 34 du RBI *bis*, il faut observer que le législateur européen a opté pour un système flexible, qui tente de concilier la tradition civiliste de résolution des conflits de procédure et la doctrine de *common law* du *forum non conveniens*[784]. On trouve, en effet, dans ce mécanisme des éléments de souplesse, qui tirent leur inspiration de la technique du *forum non conveniens*. Le juge dispose d'une grande liberté pour faire usage ou non de la faculté qui lui est offerte de surseoir à statuer. Même si l'ensemble des conditions pour ordonner un sursis à statuer sont réunies, il peut toujours refuser de faire droit à l'exception de litispendance ou de connexité et poursuivre l'instance engagée devant lui.

En outre, comme nous l'avons déjà mentionné, le juge de l'État membre est invité à apprécier l'intérêt de surseoir à statuer au regard d'une bonne administration de la justice et selon le considérant 24, il doit, dans ce cadre, évaluer l'ensemble des circonstances du cas d'espèce et prendre en considération un certain nombre de facteurs. Il est précisé que *« ces circonstances peuvent inclure les liens entre les faits du cas d'espèce, les parties et l'État tiers concerné, l'état d'avancement de la procédure dans l'État tiers au moment où la procédure est engagée devant la juridiction de l'État membre et la probabilité que la juridiction de l'État tiers rende une décision dans un délai raisonnable »*, ainsi que la présence d'une clause attributive de

[783] Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 51.
[784] Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 54 et s.

juridiction au profit du juge d'un État tiers ou l'existence d'une compétence exclusive que ce dernier pourrait revendiquer à raison de l'objet du litige[785]. Une large part est alors reconnue à la discrétion du juge de l'État membre dans le règlement des conflits de compétence avec les États tiers.

425. Cette approche rappelle la doctrine du *forum non conveniens*, dans la mesure où la liste des facteurs visés évoque ceux pris en compte dans la mise en œuvre de cette doctrine. Toutefois, il convient de remarquer que le champ d'application de l'exception de *forum non conveniens* est plus vaste par rapport au mécanisme retenu dans le RBI *bis*, lequel limite la prise en compte de l'activité juridictionnelle des États tiers aux seuls cas où une instance est déjà en cours devant le juge d'un État tiers.

Ces éléments tirés de la tradition du *common law* coexistent avec un critère, connu des pays civilistes, qui est le pronostic de la reconnaissance du jugement étranger. Ce dernier offre, néanmoins, une marge d'appréciation au juge de l'État membre, puisque le RBI *bis* n'est pas compétent pour régler la reconnaissance et l'exécution des jugements en provenance d'États tiers.

426. ***La discrétion offerte au juge afin de refuser de se dessaisir***. Malgré le fait que la souplesse semble être inhérente à la mise en œuvre du mécanisme consacré aux articles 33 et 34, en rendant le sursis à statuer facultatif et en le subordonnant à des considérations de bonne administration de la justice, *« il est difficile d'échapper à l'impression générale que la discrétion du juge sert avant tout à freiner l'exercice de la faculté finalement consentie à ce dernier, dans un cadre déjà restreint, de surseoir à statuer, voire de se dessaisir au profit des juridictions d'un État tiers »*[786].

Autrement dit, la souplesse est admise lorsqu'elle permet au juge de l'État membre de refuser de décliner sa compétence au profit du juge de l'État tiers premier saisi, alors que, dans le cadre de la doctrine du *forum non conveniens*, la discrétion offerte au juge du for lui permet de

[785] Ces éléments ne sont pas limitatifs. Le texte vise les circonstances importantes que le juge de l'État membre est amené à considérer, parmi d'autres.

[786] Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit*., n° 57. L'auteure observe qu'une bonne moitié des articles 33 et 34 est consacrée à la description des motifs permettant à la juridiction de l'État membre de reprendre la poursuite de l'instance. V. aussi L. USUNIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale… », *op. cit*., *J-Cl. Droit international*, Fasc. 584-170, 7 octobre 2015, n° 53.

renoncer de façon exceptionnelle à l'exercice d'une compétence qui lui est *a priori* attribuée par un texte.

Quoi qu'il en soit, comme l'a justement relevé Ch. Chalas, *« il est regrettable que l'axe pivotal des deux seules règles que le règlement consent de consacrer à la prise en compte de l'activité juridictionnelle des États tiers tourne autour du concept de premier tribunal saisi »*[787]. Si on s'intéresse, plus précisément, au respect des compétences exclusives tierces en raison de la matière, une prise en considération plus générale de ce type de compétences semble souhaitable. Nous allons, alors, réfléchir sur ce point en tenant compte de tous les éléments mentionnés auparavant.

§3 Une prise en considération plus générale des compétences exclusives des États tiers liées à l'objet du litige

427. La solution que nous proposons consiste à consacrer la théorie de l'effet réflexe avec certains ajustements. Nous expliquerons, dans un premier temps, les faiblesses de la théorie, qui nécessitent certaines adaptations (I), avant d'exposer la solution que nous suggérons (II).

I. Les faiblesses de la théorie classique de l'effet réflexe

428. Le recours à la théorie de l'effet réflexe s'impose, puisque les solutions consistant à interdire totalement le dessaisissement du juge ou opérer un renvoi pur et simple au droit national ne sont pas appropriées (A). Cependant, cette théorie présente certains défauts, étant donné qu'elle conduit à la bilatéralisation des compétences exclusives de l'article 24 RBI *bis* (B) et exige le retour au droit national afin de déterminer les modalités du dessaisissement en tenant compte du point de vue étranger (C).

A. Le rejet des approches consistant à interdire totalement le dessaisissement du juge ou opérer un renvoi pur et simple au droit national

429. ***La justification de la condamnation de ces approches.*** La thèse selon laquelle il doit être interdit à la juridiction d'un État membre, compétente en vertu du RBI *bis*, de se dessaisir

[787] Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 58.

en faveur du juge d'un État tiers, lorsqu'une compétence exclusive en raison de la matière de ce dernier est en cause, n'est pas défendable. Elle repose sur une position intenable, qui consiste à nier l'activité juridictionnelle des États tiers et faire fonctionner l'espace judiciaire européen de façon totalement autonome en l'isolant du reste du monde.

En outre, la thèse qui consiste à soutenir que la question du dessaisissement du juge d'un État membre, dans une telle hypothèse, dépend seulement et exclusivement du droit national ne peut non plus être maintenue. Un renvoi pur et simple au droit national porte atteinte à l'objectif de prévisibilité et l'application uniforme des règles communautaires, dans la mesure où il suppose de déterminer les cas de dessaisissement au profit du juge d'un État tiers en fonction des règles de compétence exclusive du droit national des États membres ; or, ces règles peuvent différer d'un État à l'autre.

430. Il convient, par ailleurs, de rappeler qu'en matière de litispendance et de connexité extra-européenne, le RBI *bis* n'a pas opté pour un renvoi pur et simple au droit national pour régler la question du déclinatoire de compétence du juge d'un État membre en faveur de celui d'un État tiers. Au contraire, le législateur européen a recouru à la théorie de l'effet réflexe, en affirmant la possibilité pour le juge de l'État membre de décliner la compétence que lui attribue le règlement dans de telles situations et en définissant les conditions et les modalités du dessaisissement.

Dans ces circonstances, nous pouvons envisager la mise en œuvre de la théorie de l'effet réflexe, dans le cas où la juridiction d'un État membre tire sa compétence du RBI *bis* mais une compétence exclusive tierce liée à l'objet du litige est en cause. Il faudrait, pourtant, procéder à certains ajustements par rapport à la théorie classique de l'effet réflexe.

431. ***La consécration de la théorie de l'effet réflexe avec certains ajustements***. Plus précisément, la solution que nous proposons consiste à faire produire à l'article 24 RBI *bis* un effet réflexe en admettant le dessaisissement du juge de l'État membre dans les mêmes hypothèses que celles dans lesquelles le droit de l'Union lui permet de décliner sa compétence en faveur des juridictions d'un autre État membre.

Ainsi, l'article 24 autoriserait le juge de l'État à se dessaisir lorsque l'un des rattachements qu'il vise est réalisé sur le territoire d'un État tiers. Comme le souligne L. Usunier, *« déterminer*

les cas dans lesquels le dessaisissement en faveur du juge d'un État tiers est possible en vertu de l'article 24 RBI bis préserverait l'application uniforme des règles communautaires et garantirait un meilleur degré de sécurité juridique, en permettant aux plaideurs de déterminer facilement les cas dans lesquels le juge d'un État membre peut se dessaisir en faveur du juge d'un État tiers, sans avoir à consulter le droit commun de l'État membre du for »[788].

Cette solution conduirait à une extension du champ d'application du règlement, mais ce résultat ne semble pas soulever de problème particulier, étant donné que le RBI *bis* contient déjà des dispositions qui régissent les rapports entre État membres de l'Union et États tiers en matière de litispendance et de connexité. Il faut, aussi, rappeler que la CJUE, dans son avis 1/03, avait affirmé que le système de compétence établi par le chapitre II du RBI a vocation à s'appliquer non seulement aux rapports intracommunautaires mais également aux rapports entre États membres et États tiers. Par conséquent, l'argument avancé par les adversaires de la théorie de l'effet réflexe, selon lequel le droit de l'Union ne serait pas destiné à régir les relations entre États membres et États extérieurs, n'est pas fondé.

B. Les défauts de la méthode de bilatéralisation des règles de compétence exclusive du RBI bis

432. ***La bilatéralisation des règles de compétence exclusive du RBI bis.*** Néanmoins, il convient d'observer que cette solution qui consiste à attribuer un effet réflexe à l'article 24 RBI *bis* revient finalement à bilatéraliser les chefs de compétence exclusive prévus par le règlement. Or, nous avons expliqué dans la section précédente[789], à propos de la prise en considération des compétences exclusives des États tiers en droit national, que cette méthode de bilatéralisation n'est pas satisfaisante, dans la mesure où elle oblige systématiquement le juge à se dessaisir sans vérifier que le juge étranger se considère exclusivement compétent, c'est-à-dire sans prendre en compte *in concreto* la compétence exclusive tierce.

433. ***Une méthode rigide et aveugle entraînant le dessaisissement automatique du juge***. Il s'agit d'une méthode rigide et aveugle, qui conclut à une éventuelle compétence exclusive étrangère par bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for. Par ailleurs, il est

[788] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, *op. cit*., p. 346, n° 405.
[789] V. *supra*, n° 355 et s..

important de souligner que dans le cadre envisagé, l'automaticité du dessaisissement du juge de l'État membre saisi, prévu par l'article 27 RBI *bis*, lorsque la compétence exclusive du tribunal d'un autre État membre est en cause, ne peut pas bénéficier d'une transposition pure et simple dans le cas où le litige implique la compétence exclusive d'un État tiers.

Le déclinatoire de compétence du tribunal d'un État membre en faveur de celui d'un État tiers ne peut pas être automatique, puisque *« l'obligation de se dessaisir d'office est caractéristique des rapports de confiance mutuelle qu'entretiennent entre eux les États membres et ne saurait pour cette raison être étendue aux rapports avec les États tiers »*[790]. Autrement dit, si dans le cadre des rapports intra-européens, une telle automaticité du dessaisissement du juge saisi est concevable, grâce à l'existence de règles de compétence communes et d'un système libéral de reconnaissance et d'exécution des décisions entre États membres, la situation est différente lorsque le litige met en cause les rapports entre la juridiction d'un État membre et celle d'un État extérieur à l'Union.

C'est la raison pour laquelle le RBI *bis* n'a pas étendu l'automaticité du dessaisissement prévue pour les conflits de procédures intra-européens aux rapports internationaux, en matière de litispendance et connexité. Il a, en revanche, déterminé les conditions dans lesquelles le dessaisissement doit intervenir lorsque le conflit de procédures concerne une juridiction d'un État membre et une juridiction d'un État non-membre de l'Union[791].

C. Le renvoi au droit national afin de fixer les modalités du dessaisissement en tenant compte du point de vue étranger

434. ***Le retour au droit national.*** S'agissant de la prise en considération des compétences exclusives des États tiers, il est essentiel que le juge du for puisse vérifier que l'État étranger

[790] Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 36. Toutefois, certains auteurs ont accepté l'idée d'une transposition pure et simple de l'article 24 RBI *bis* aux rapports internationaux ; la juridiction d'un État membre devrait, alors, d'office se déclarer incompétent lorsque la situation présente un élément de rattachement avec un État tiers correspondant aux cas prévus à l'article 24. Dans cette perspective, l'article 24 doit jouer aussi si le critère de compétence se réalise sur le territoire d'un État tiers, comme une application exceptionnelle de la théorie du *forum non conveniens*, sous la seule réserve d'un risque de déni de justice (Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, n° 621 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », in *Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff 1996, p. 85, spéc. p. 95 et 96 ; R. FENTIMAN, « Ousting Jurisidiction and the European Conventions », in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 3, 2000, p. 107 et s.).
[791] V. *supra*, n° 417 et s..

donne effectivement compétence exclusive à son juge, étant donné que tous les droits ne connaissent pas les mêmes règles de compétence exclusive et le chef de compétence exclusive prévu par l'article 24 RBI *bis* peut n'être pas connu dans l'État tiers. Cette vérification est aussi importante afin d'éviter un risque de déni de justice.

Selon les partisans de la théorie de l'effet réflexe, le juge doit apprécier l'opportunité de son dessaisissement en tenant compte du point de vue de l'ordre juridique étranger dans le cadre de ses mécanismes de droit national[792]. Il faut, alors, opérer un retour au droit national afin de vérifier que le juge étranger s'estime exclusivement compétent et éviter au juge du for de décliner sa compétence s'il apparaît que le juge de l'État tiers ne revendique pas la compétence exclusive que lui reconnaît le droit de l'Union. Le principe du dessaisissement serait soumis à l'article 24 RBI *bis* mais son opportunité serait appréciée en vertu du droit national de l'État membre dont le juge est saisi. En d'autres termes, les modalités du dessaisissement seraient soumises au droit national.

435. ***Le caractère délicat de la question posée***. Il est vrai que la question portant sur la détermination du régime du dessaisissement en faveur des États tiers, dans le cadre examiné, est délicate, dans la mesure où il faut articuler les positions des divers ordres juridiques. Il convient, en effet, de prendre en compte non seulement le point de vue de l'ordre juridique du for et celui de l'ordre juridique étranger mais aussi le point de vue de l'ordre juridique européen, puisque la compétence du juge du for n'est pas fondée sur le droit national mais sur les règles communes de l'espace judiciaire européen.

Dans ces circonstances, d'après la théorie classique de l'effet réflexe, le régime du dessaisissement doit être soumis au droit national des États membres. Mais, comme nous l'avons déjà précisé[793], ce retour au droit national est censé être conforme à l'effet utile du droit de l'Union, car la théorie de l'effet réflexe permet de préserver un certain encadrement communautaire du droit national, afin d'assurer que le déclinatoire de compétence en faveur des États tiers est en harmonie avec le système mis en place par les règles uniformes dans les

[792] G. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne, op. cit.,* n° 165-168 ; A. NUYTS, *L'exception de « forum non conveniens » : étude de droit international privé comparé, op. cit.*, p. 272-273 ; A. NUYTS, « La théorie de l'effet réflexe », *op. cit.*, p. 81 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale, op. cit.,* p. 348, n° 407 et s.
[793] V. *supra*, n° 383 et s..

relations intra-européennes. En effet, le dessaisissement au profit des États non-membres ne doit intervenir que dans les cas où un déclinatoire de compétence est prévu dans les relations intra-communautaires – ainsi, aucun nouveau cas de dessaisissement ne serait admis[794] – et, surtout, selon les mêmes conditions et avec les mêmes restrictions qu'entre États membres[795].

436. ***Une approche contestable***. Toutefois, cette approche retenue par la théorie de l'effet réflexe préconisant le retour au droit national pour déterminer les modalités du déclinatoire de compétence est contestable, car elle oblige à une coordination délicate des règles appartenant à des ordres différents.

Étant donné que le RBI *bis* ne pose pas des règles procédurales permettant le dessaisissement du juge du for, la théorie de l'effet réflexe opère un renvoi au droit national, qui doit régler l'exercice d'une compétence établie par le règlement. Mais, afin de préserver l'effet utile des règles européennes, la même théorie prône que le droit national respecte les conditions et les restrictions posées par le droit de l'Union dans les relations entre États membres.

437. ***L'articulation difficile des règles appartenant à des ordres différents***. Ainsi que le remarque M. Fallon, *« cette approche combine trois étapes appartenant à des méthodes antinomiques : celle, d'abord, qui effectue un renvoi aux règles communes générales pour fonder la compétence ; celle, ensuite, qui exploite l'effet « réflexe » pour contenir l'exercice de cette compétence par un détour vers le droit national ; celle, enfin, d'un retour à un*

[794] Cette restriction vise à empêcher que la doctrine du *forum non conveniens* puisse permettre au juge du for de se dessaisir à chaque fois que le juge d'un État tiers lui paraît mieux placé pour connaître du litige. Cette doctrine ne serait applicable que dans le cas où le dessaisissement est admis en droit de l'Union, c'est-à-dire, dans le cadre que nous examinons, lorsque la compétence exclusive du juge d'un État tiers est en cause. Il convient d'observer, comme le constate d'ailleurs L. Usunier, que dans cette hypothèse le retour au droit national ne semble pas porter atteinte à l'effet utile du droit européen, puisqu'en droits de *common law* il existe des règles qui privent le juge national de *subject matter jurisdiction* dans certaines matières teintées de considérations d'intérêt général, comme la matière immobilière ou la validité des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, lorsque le juge du for doit se prononcer sur ce genre de question et l'objet du litige est situé à l'étranger, il n'est pas seulement autorisé à se dessaisir, mais obligé de le faire. C'est, alors, en vertu de cette règle le privant de *subject matter jurisdiction* et non pas en vertu de la doctrine du *forum non conveniens* que le juge doit décliner la compétence que lui attribue éventuellement une règle européenne s'il est saisi d'une action en matière réelle immobilière pourtant sur un immeuble situé dans un État tiers à l'Union. Le retour au droit national ne semble pas porter au droit de l'Union, puisque ce dernier admet également ce cas de dessaisissement (L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 350, n° 409).

[795] Nous rappelons que la théorie de l'effet réflexe se distingue, ainsi, de la thèse du renvoi pur et simple au droit national, puisque le dessaisissement en faveur du juge d'un État tiers ne s'opère que dans les cas où un tel refus de compétence est déjà prévu dans les relations entre États membres et, notamment, aux mêmes conditions et avec les mêmes restrictions qu'entre États membres, auxquelles s'ajoutent celles issues du droit national.

encadrement communautaire pour préserver l'effet utile des règles uniformes »[796]. Dans la même logique, R. Fentiman estime qu'il n'est pas cohérent, d'une part, de renvoyer au droit national au motif que le droit européen ne règle pas les conflits de juridictions entre un État membre et un État tiers et d'autre part, d'affirmer que le droit européen doit malgré tout encadrer la façon dont s'applique le droit national[797]. Il s'agit d'une faiblesse de la théorie de l'effet réflexe, qui fait dépendre le dessaisissement du droit national, à défaut de pouvoir trouver dans le règlement autre chose qu'un renvoi au droit national pour les questions de procédure.

438. ***La transposition difficile dans le droit national des conditions prévues par le droit européen.*** Par ailleurs, comme le souligne Ch. Chalas, la transposition dans le droit national des conditions qui déclenchent le dessaisissement du for de l'État membre dans le régime européen peut soulever des problèmes[798]. En effet, se pose la question de savoir si le juge d'un État membre pourrait refuser de se dessaisir si la compétence exclusive prévue par l'article 24 et désignant le tribunal d'un État tiers est inconnue de son droit national.

Autrement dit, il se pourrait que le juge de l'État membre, compétent en vertu de l'article 4 RBI *bis*, refuse de se dessaisir d'un litige portant par exemple sur un droit réel immobilier étranger ou sur la validité d'un brevet étranger, au motif que, selon son droit national, ce cas de dessaisissement n'est pas possible ou n'est pas obligatoire. À titre d'illustration, A. Nuyts observe qu'en Belgique, il paraît que les tribunaux belges ont la faculté, mais non l'obligation, de renoncer à leur compétence fondée sur les règles ordinaires de compétence internationale, lorsque l'action concerne le partage d'un immeuble sis à l'étranger[799].

---

[796] M. FALLON, « L'applicabilité du règlement Bruxelles I aux situations externes après l'avis 1/03 », *op. cit.*, p. 258.

[797] R. FENTIMAN, « National Law and the European Regime », op. cit., p. 102-103 ; v. aussi R. FENTIMAN, in *Brussels I Regulation*, Magnus et Mankowski (eds), 2e éd. révisée, SELP, 2012.

[798] Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 35.

[799] A. Nuyts, « La théorie de l'effet réflexe », *op. cit*., p. 82. V. la décision belge Cass., 31 octobre 1968, *Pas*., 1969, I, p. 227. La Cour de cassation belge a jugé, à propos d'une demande en partage portant sur des immeubles formant une indivision héréditaire dont certains étaient situés en Belgique et d'autres à l'étranger, que le juge du fond *« pouvait ne comprendre dans le partage que les immeubles situés en Belgique »*. Il semble ressortir de cet arrêt que les juridictions belges ont la faculté, mais non l'obligation, de renoncer à exercer leur compétence fondée sur l'article 635 du Code judiciaire lorsque l'action concerne le partage d'un immeuble situé à l'étranger. La thèse inverse, selon laquelle l'arrêt précité emportait implicitement l'incompétence absolue des tribunaux belges pour connaître d'une telle action, a été critiquée par certains auteurs, qui estiment qu'il n'existe aucune exception à la compétence des tribunaux belges pour connaître d'une action concernant un immeuble sis à l'étranger lorsque l'un des critères de compétence visés aux articles 635 et s. du Code judiciaire est rempli (J.-L. VAN BOXSTAEL, « Aspects de droit international privé », *Guide de droit immobilier*, E. Story-Scientia, 1993, n° IX.2.1.3, p. 15 ; v. aussi J.-M. CHANDELLE, « La loi Breyne », *Répertoire Notarial*, t. VII, Livre VI, Larcier, 1996, p. 57, n° 17).

439. ***L'esprit parfois divergent du droit national et du droit européen***. Il convient, aussi, de préciser que l'articulation entre le droit européen et certains droits nationaux peut s'avérer être une tâche difficile en raison de l'esprit divergent sur lequel reposent parfois les règles de ces ordres juridiques. Cette remarque concerne, surtout, la doctrine du *forum non conveniens*, puisque le régime européen de dessaisissement est *« très inspiré par les mécanismes procéduraux des pays de droit civil et ne reflète pas les fondements qui sous-tendent ladite doctrine »*[800]. Ainsi, le renvoi éventuel au mécanisme de *forum non conveniens*, pour les besoins de l'effet réflexe, pourrait être difficile à combiner avec le droit de l'Union. C'est la raison pour laquelle le juge anglais dans son arrêt *Ferrexpo* – examiné auparavant – a recouru à la théorie de l'effet réflexe, sans se référer à la doctrine du *forum non conveniens*, à laquelle il affirme à plusieurs reprises ne pas renvoyer ; il a fait reposer son dessaisissement sur l'effet réflexe de l'article 22 RBI et sur des règles du Code anglais de procédure civile[801].

440. ***Les divergences possibles entre les droits nationaux à propos de la marge d'appréciation du juge***. En outre, le renvoi opéré par la théorie de l'effet réflexe au droit national, afin de fixer les modalités du dessaisissement, est surtout justifié par le fait que le déclinatoire de compétence en faveur du juge d'un État tiers ne doit pas être automatique, comme c'est le cas dans les relations intracommunautaires. Ainsi que nous l'avons mentionné, l'automaticité du dessaisissement est concevable au sein de l'espace judiciaire européen, grâce aux rapports de confiance mutuelle qu'entretiennent entre eux les États membres.

Néanmoins, il n'est pas sûr que tous les droits nationaux offrent à leurs juges la marge de liberté nécessaire à leur dessaisissement et les guides indispensables à la mise en œuvre de cette liberté[802]. *« De quelle marge de liberté disposera le juge français dans les cas où le juge tiers*

---

[800] Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 35.

[801] V. *supra*, notes 741 et 742. Toutefois, comme nous l'avons souligné, le fait que le juge anglais a fondé son dessaisissement sur des règles de procédure nationales tenant à la bonne administration de la justice anglaise est critiquable, dans la mesure où les considérations à prendre en compte par le juge qui ordonne son dessaisissement pour de ce motif sont très proches, sinon identiques, à celles qui président à la mise en œuvre de la doctrine du *forum non conveniens* (Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 30).

[802] Dans l'affaire *Ferrexpo*, le juge anglais a souligné la difficulté qu'il a rencontrée afin d'exposer les éléments qui l'ont guidé dans la faculté de dessaisissement qu'il s'est reconnu au titre de l'effet réflexe. *« As I have said, there are differing views about whether, if article 22 has reflexive application at all, that application is mandatory or whether the court has discretion whether or not to apply it. I received only brief submissions about this. Having decided that the article has a reflexive approach to these proceedings, I conclude that this is a matter of discretion whether the court should or should not assume jurisdiction [...]. I conclude that I should exercise my discretion to grant the stay. Whatever the precise considerations that should bear upon the exercise of the discretion (about which I did not receive submissions and I decline to express unnecessary views), having rejected Ferrexpo's*

devra être considéré comme investi d'une compétence exclusive au sens de l'article 24 RBI bis ? N'y aurait-il pas lieu là aussi de s'assurer que le juge tiers acceptera bien sa compétence et que sa décision serait susceptible d'être reconnue en France ? »[803].

II. La solution proposée

441. La solution que nous suggérons consiste à donner un effet réflexe à l'article 24 RBI *bis*, sans pourtant passer par le droit national – comme le préconise la théorie classique de l'effet réflexe – afin de déterminer les modalités du déclinatoire de compétence. Nous allons, alors, nous interroger sur la question de savoir si le retour au droit national est véritablement nécessaire pour fixer les modalités du dessaisissement (A), avant de présenter notre solution (C), en s'inspirant de la proposition du Groupe européen de droit international privé (GEDIP) de 2008[804] (B).

A. *La possibilité d'éviter le retour au droit national préconisé par la théorie classique de l'effet réflexe*

442. ***L'atteinte à l'objectif de sécurité juridique et à l'application uniforme du droit européen***. Après avoir exposé les problèmes qui découlent du renvoi au droit national, qu'opère la théorie de l'effet réflexe, se pose la question de savoir si ce renvoi est véritablement nécessaire afin de déterminer les modalités du dessaisissement du juge de l'État membre en faveur de celui de l'État tiers. Il porte atteinte à l'application uniforme de l'article 24 RBI *bis* et à l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique, dans la mesure où chaque droit national peut fixer ses propres conditions de dessaisissement conduisant finalement à ce que la disposition soit appliquée de façon différente dans chaque État membre. En effet, ainsi que nous l'avons souligné, il se pourrait que le juge refuse de se dessaisir si la compétence exclusive prévue par l'article 24 et désignant le tribunal d'un État tiers est inconnue de son droit national et la marge de manœuvre indispensable au déclinatoire de compétence peut différer d'un droit national à l'autre.

---

argument that there is a real risk that they will not receive justice in the courts of Ukraine, there is, to my mind, no significant argument in favour of assuming jurisdiction » (v. Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 36).

[803] Ch. CHALAS, « L'affaire *Ferrexpo* : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 36.

[804] www.gedip-egpil.eu, 18e réunion, Bergen, 19-21 sept. 2008, compte-rendu des séances de travail.

443. ***La prise de position de la CJUE sur des questions de procédure***. Il faut, par ailleurs, noter que même s'il s'agit d'une question de procédure, nous avons déjà observé que la CJUE n'a pas hésité à se prononcer sur des questions de procédure, lorsque l'effet utile des compétences prévues au RBI *bis* est en cause[805]. L. Usunier a également constaté qu' *« on pourrait imaginer que le législateur communautaire intervienne pour combler les lacunes du RBI sur la question du dessaisissement en faveur des États tiers, car les doutes planant sur la compétence de la Communauté pour régir les rapports entre États membres et États tiers ont perdu beaucoup de leur consistance, depuis que la Cour de justice a retenu, dans son avis 1/03, que la conclusion de la nouvelle Convention de Lugano, relevait entièrement de la compétence exclusive de la Communauté »*[806].

444. ***L'intervention du législateur européen pour déterminer les modalités du dessaisissement en matière de litispendance et de connexité internationale***. Il convient de rappeler, à cet égard, qu'à propos des situations de litispendance et de connexité intervenant entre le juge d'un État membre et celui d'un État tiers, le législateur européen n'a pas renvoyé au droit national des États membres le soin de définir les conditions et les modalités du déclinatoire de compétence, mais il a précisé lui-même les conditions dans lesquelles le dessaisissement peut intervenir.

Il serait, ainsi, intéressant de voir si le législateur communautaire peut aussi intervenir pour fixer les modalités du dessaisissement du juge d'un État membre, dans les hypothèses de compétence exclusive du juge d'un État tiers. Dans cette perspective, il faut mentionner la proposition normative sur l'effet réflexe établie par le Groupe européen de droit international privé (GEDIP) lors de sa réunion de Bergen en 2008[807].

---

[805] V. *supra*, n° 333 et s..La CJUE dans son arrêt *Gothaer*, a estimé qu'il est préférable de régler directement la question de l'étendue de l'autorité de chose jugée sans passer par l'application du droit national (CJUE, 15 nov. 2012, aff. C-456/11, *Gothaer et al. c/ Samskip*, *Procédures* 2013, comm. 71, obs. C. NOURISSAT ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 686, note M. NIOCHE). En outre, dans ses arrêts *Wolfgang Schmidt* et *Milivojevič*, elle a refusé d'opérer un renvoi au droit national pour la mise en œuvre de la jonction d'actions prévue à l'article 8 §4 RBI *bis* (CJUE 16 novembre 2016, *Wolfgang Schmidt*, aff. C-417/15, Concl. J. Kokott ; CJUE, 14 févr. 2019, aff. C630/17, *Anica Milivojević c/ Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*).

[806] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale, op. cit*., p. 351, n° 410. Selon l'avis 1/03, la Communauté européenne est seule compétente pour édicter des règles affectant le jeu des dispositions du RBI. L'auteure souligne que *« l'affectation des règles de compétence communautaires est incontestable s'agissant de permettre au juge d'un État membre de décliner une compétence qu'il tient d'une règle communautaire en faveur d'un État tiers à la Communauté. Il est dès lors extrêmement probable que la Cour de justice concluerait à la compétence des autorités communautaires pour organiser un tel dessaisissement »*.

[807] www.gedip-egpil.eu, 18e réunion, Bergen, 19-21 sept. 2008, compte-rendu des séances de travail.

B. La proposition du GEDIP

445. ***L'étude de l'internationalité du RBI***. Le GEDIP, dans le cadre de sa réunion à Bergen en 2008, a étudié la question de l'internationalisation du RBI, c'est-à-dire son élargissement aux litiges présentant un lien avec un pays tiers. Selon la proposition, l'acte communautaire pourrait assurer une réglementation globale de la compétence internationale, se substituant totalement au droit national.

Or, un tel élargissement du texte comportait le risque de multiplier les conflits de juridictions entre les États membres et les États tiers. Ainsi, diverses adaptations du règlement étaient nécessaires et notamment, l'introduction des règles miroir reflétant les dispositions de l'article 22 RBI, qui prévoyait des compétences exclusives dans certaines matières (aujourd'hui article 24 RBI *bis*).

En l'absence de règles de compétence communes et d'un système libéral de reconnaissance et d'exécution des décisions entre les juridictions des États membres et celles de pays tiers, l'acte communautaire se présentait comme un règlement unilatéral plutôt que conventionnel de la compétence internationale et des conditions particulières devaient accompagner les règles miroir. Le règlement tenait, ainsi, compte des exigences du droit au procès équitable et du risque de non-reconnaissance dans la Communauté d'un jugement rendu dans un État tiers.

446. ***Le refus de renvoyer au droit national pour définir le régime du dessaisissement***. Toutefois, contrairement à la théorie classique de l'effet réflexe, la proposition n'opérait pas de renvoi au droit national pour fonder le déclinatoire de compétence du juge de l'État membre. C'est le règlement qui définissait la mise en œuvre et le régime du refus d'exercice de compétence. Le GEDIP proposait d'ajouter l'article 22 *bis* au RBI, admettant la théorie de l'effet réflexe en présence de compétence exclusive du juge d'un État tiers, tout en procédant à une adaptation au contexte juridique spécifique du conflit de juridictions « externe ».

447. ***L'effet réflexe de l'article 22 RBI***. Plus précisément, l'article 22 *bis* proposé visait l'hypothèse où l'élément pertinent de localisation de l'article 22 – par exemple, l'immeuble, le siège de la société, le registre public – était situé dans un pays tiers et le juge d'un État membre, saisi d'une demande concernant une matière visée par l'article 22, était compétent en vertu d'une autre disposition du règlement ; le juge de l'État membre ne devait pas être lui-même

doté d'une compétence exclusive sur le fondement de l'article 22. S'agissant de la juridiction de l'État tiers, elle devait se considérer exclusivement compétente selon son propre droit, mais, sur la base de dispositions analogues à celles de l'article 22 et il fallait aussi prendre en compte le risque que la décision rendue dans l'État membre ne soit pas reconnue dans le pays tiers.

La proposition du GEDIP, en limitant le mécanisme de dessaisissement aux cas où la compétence est également ressentie comme exclusive de la part des États membres, admettait l'effet réflexe de l'article 22 RBI, c'est-à-dire la bilatéralisation des règles de compétence exclusive prévues dans la disposition. Cette limitation visait aussi à éviter la renonciation du juge de l'État membre à sa compétence, lorsque la compétence de la juridiction du pays tiers reposerait sur un for exorbitant.

448. ***La détermination des modalités concrètes du dessaisissement par le règlement***. Concernant les modalités concrètes du déclinatoire de compétence, la juridiction de l'État membre devait surseoir à statuer, pour que les conditions susmentionnées puissent être vérifiées, et notamment le point de vue de l'ordre juridique étranger. Elle pouvait se dessaisir, lorsque le juge de l'État tiers aurait rendu une décision susceptible d'être reconnue en vertu du droit de l'État membre, sauf si la juridiction de ce dernier était amenée à connaître du litige dans le cas où il apparaîtrait que l'action à l'étranger ne serait pas tranchée dans un délai raisonnable. Le renvoi partiel au droit national des États membres était inévitable afin d'établir un pronostic de reconnaissance, puisque l'efficacité internationale des jugements émanant d'États tiers ne relève pas du droit de l'Union ; comme nous l'avons précisé, le risque de non-reconnaissance dans l'UE de la décision rendue dans le pays tiers devait être pris en compte, en l'absence de répartition des compétences entre les juridictions des États membres et celles des États tiers.

449. ***La prise en compte de l'effet réflexe dans le RBI bis uniquement en cas de conflits de procédures***. La Commission européenne s'est inspirée de cette proposition dans son livre vert de 2009 en vue de la révision du RBI, en affirmant qu'*« il pourrait être opportun d'autoriser les juridictions des États membres à se dessaisir en faveur des juridictions de pays tiers. Tel pourrait être le cas, par exemple (…) lorsque le litige relève de la compétence exclusive des juridictions d'un pays tiers (…) »*[808].

[808] COM/2009/0175 final.

Cependant, sa proposition de règlement du 14 décembre 2010, même si elle maintenait l'innovation majeure tenant à l'internationalisation du RBI, elle comportait une unique disposition relative aux conflits de juridictions avec des pays tiers, introduisant *« une règle de litispendance facultative pour les litiges portant sur le même objet et impliquant les mêmes parties, qui sont pendants devant les tribunaux de l'UE et d'un pays tiers »*[809].

Cette version de l'effet réflexe a été finalement retenue dans le RBI révisé[810], qui a consacré deux seuls articles à la prise en considération de l'activité juridictionnelle des États tiers, portant exclusivement sur les situations de litispendance et de connexité. Ainsi que nous l'avons examiné auparavant, le mécanisme retenu par le RBI *bis* en matière de litispendance et de connexité internationale permet la prise en compte des compétences exclusives tierces, mais dans un cadre très restreint, puisqu'un conflit de procédures parallèles extra-européen doit être en cause et le juge étranger doit être saisi en premier lieu.

En s'inspirant de la proposition du GEDIP, nous pouvons suggérer une solution permettant une prise en considération plus générale des compétences exclusives des États tiers en raison de la matière, dans le cadre du RBI *bis*.

C. L'attribution d'un effet réflexe à l'article 24 RBI bis en faisant intervenir le législateur européen afin de déterminer les modalités du dessaisissement

450. ***L'effet réflexe de l'article 24 RBI bis***. L'idée serait de donner un effet réflexe à l'article 24 RBI *bis*, c'est-à-dire bilatéraliser les compétences exclusives de cette disposition, afin de permettre aux juridictions des États membres de décliner la compétence que leur attribue le règlement, lorsqu'elles sont saisies d'une action portant sur une matière visée par l'article 24, mais le critère de rattachement retenu par le texte se réalise sur le territoire d'un État tiers – le juge de l'État membre saisi ne doit pas être investi d'une compétence exclusive sur le fondement de l'article 24.

Néanmoins, comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, la méthode de bilatéralisation est une méthode aveugle et rigide qui oblige systématiquement le juge à se dessaisir, sans

[809] COM (2010) 748 final.
[810] Le RBI refondu n'a pas retenu le projet d'extension des règles de compétence communautaires aux défendeurs domiciliés dans les États tiers.

vérifier que le juge étranger s'estime exclusivement compétent, d'après son propre système de droit international privé. Or, une telle vérification est indispensable, dans la mesure où tous les droits ne connaissent pas les mêmes règles de compétence exclusive.

En outre, une transposition pure et simple de l'article 24 aux rapports entre États membres et États tiers, dans le cas où l'un des critères de rattachement visés se situe sur le territoire d'un État tiers, est impossible, car ceci conduirait au dessaisissement automatique du juge de l'État membre en faveur de celui de l'État tiers, sans vérifier que le droit international privé de l'État tiers en question investit effectivement ses juridictions d'une telle compétence exclusive. Ainsi que nous l'avons déjà noté, l'automaticité du dessaisissement n'est pas justifiée dans les rapports extracommunautaires, étant donné que les États tiers ne sont pas liés par le RBI *bis* et il n'y a pas de confiance mutuelle, comme au sein de l'espace judiciaire européen.

451. ***La détermination des conditions du déclinatoire de compétence par le législateur européen.*** Toutefois, contrairement à ce que préconise la théorie classique de l'effet réflexe, il n'est pas nécessaire de renvoyer au droit national des États membres afin de déterminer les modalités concrètes du dessaisissement et, surtout, la façon dont l'ordre juridique étranger doit être pris en compte. Selon la proposition du GEDIP de 2008, ainsi que les articles 33 et 34 du RBI *bis* relatifs aux conflits de procédures survenus entre États membres et États tiers, c'est le législateur européen qui fixe les conditions du déclinatoire de compétence.

452. ***Le sursis à statuer pour vérifier le point de vue étranger***. Nous pouvons, ainsi, considérer que lorsque le juge d'un État membre, compétent en vertu du RBI *bis*, est saisi d'une demande concernant une matière visée par l'article 24 dont le critère de rattachement se réalise dans un État tiers, il peut surseoir à statuer afin de vérifier que le juge étranger s'estime effectivement exclusivement compétent, d'après ses propres règles de compétence. Il faudrait aussi prendre en compte le risque que le jugement de l'État membre ne soit pas reconnu dans le pays tiers, car ce dernier peut ne pas s'attribuer compétence exclusive mais refuser de reconnaître la décision d'un juge étranger en la matière[811].

[811] Nous pourrions, aussi, imaginer la transposition, dans le cadre européen, de la théorie de F. Mailhé préconisant d'intégrer le critère de l'intérêt à agir dans le raisonnement du juge, afin de tenir compte de la revendication de compétence exclusive du juge de l'État tiers (V. *supra*, n° 366). Dans cette perspective, le juge d'un État membre, saisi d'un litige portant sur une matière visée par l'article 24 dont le critère de rattachement se réalise dans un État tiers, va prononcer une fin de non-recevoir pour défaut d'intérêt à agir, en considérant que le demandeur manque d'intérêt à agir, puisqu'il est indiscutable que le jugement à rendre n'aura aucun effet sur sa situation juridique, car la décision n'a aucun espoir de se voir exécutée à l'étranger, en raison de la compétence exclusive que le droit

Le dessaisissement obligatoire. Le sursis à statuer se transforme en dessaisissement obligatoire, dans le cas où le juge de l'État tiers rend un jugement susceptible d'être reconnue et, le cas échéant, exécutée en vertu du droit de l'État membre dont le juge est saisi. Le renvoi limité au droit national est inéluctable, puisque la régularité internationale des jugements émanant des États tiers échappe au droit européen[812]. Or, le risque de non-reconnaissance dans l'UE du jugement étranger doit être pris en compte, pour éviter d'exposer les parties à un déni de justice et dans la mesure où il n'y a pas un système de compétence commun entre États membres et États tiers.

La poursuite possible de l'instance. Enfin, le juge de l'État membre peut reprendre à tout moment l'instance s'il apparaît que l'action ne sera pas tranchée dans un délai raisonnable. L'absence de règles de compétence communes, ainsi que l'absence de confiance mutuelle entre les tribunaux des États membres et ceux des États tiers exige de retenir cette condition relevant du principe du droit à un procès équitable.

453. ***Une solution correspondant à celle suggérée en droit national***. Force est de constater que la solution proposée correspond à celle que nous avons suggérée dans la section précédente consacrée à la prise en considération des compétences exclusives des États tiers en droit national[813]. Le dessaisissement du juge de l'État membre est obligatoire si le juge étranger est doté d'une compétence exclusive aux yeux du droit européen, mais après avoir vérifié que le droit international privé étranger attribue effectivement une compétence exclusive en la matière à son juge.

En revanche, si le juge étranger ne dispose pas d'une compétence exclusive, d'après ses propres règles de compétence, le juge de l'État membre peut refuser de se dessaisir. Ce

international privé étranger attribue à son juge. Cette solution peut être rapprochée de celle retenue par le juge anglais dans l'affaire *Ferrexpo*, dans la mesure où le juge anglais a motivé son dessaisissement en faveur du juge de l'État tiers en se référant à l'abus du droit d'agir et en prenant en considération la non-reconnaissance de son jugement dans le pays tiers en raison de la compétence exclusive du juge de ce dernier. Toutefois, cette approche semble plus difficile à mettre en œuvre dans le cadre européen, car elle exige une harmonisation plus poussée en matière de procédure civile et une définition autonome des notions, comme « l'intérêt à agir ». En outre, elle ne prend pas en compte le risque de non-reconnaissance du jugement étranger dans l'État membre dont le juge est saisi ni le risque que l'action à l'étranger ne soit pas tranchée dans un délai raisonnable.

[812] L'établissement d'un pronostic de reconnaissance peut aussi être l'occasion de contrôler encore la compétence du juge de l'État tiers et s'assurer de son caractère exclusif. En France, selon la jurisprudence *Cornelissen*, l'établissement du pronostic de reconnaissance du jugement étranger implique de contrôler la compétence indirecte du juge étranger (Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, *D.* 2007, p. 1115, obs. I. GALLMEISTER, note L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT).

[813] V. *supra*, n° 363 et s..

mécanisme permet d'ajouter à la méthode de bilatéralisation des chefs de compétence du droit de l'Union une exception, permettant de prendre en compte le point de vue de l'ordre juridique étranger et vérifier si juge étranger s'estime ou non exclusivement compétent.

454. ***La prise en considération des compétences exclusives tierces inconnues du droit européen***. Dans ces circonstances, nous pouvons aussi envisager la transposition, dans le cadre européen, de la solution proposée dans le paragraphe précédent, quant aux compétences exclusives tierces inconnues du for. Afin de tenir compte de l'ensemble des compétences exclusives étrangères et étant donné que tous les droits ne prévoient pas les mêmes règles de compétence exclusive, il est possible d'autoriser le juge de l'État membre, compétent en vertu du RBI *bis*, à se dessaisir, lorsque la juridiction d'un État tiers revendique une compétence exclusive inconnue du droit de l'Union, à condition que cette revendication apparaisse légitime. Le dessaisissement, dans cette hypothèse, sera facultatif.

Le juge de l'État membre pourra surseoir à statuer, afin de vérifier que la compétence étrangère est légitime. Le sursis à statuer se mue en dessaisissement définitif après cette vérification et lorsque le juge de l'État tiers rend un jugement susceptible de reconnaissance et d'exécution dans l'État membre – sauf si le juge de ce dernier est amené à trancher le litige, s'il apparaît que le tribunal de l'État tiers ne statuera pas dans un délai raisonnable.

Conclusion du Chapitre II

455. Dans le second chapitre de la Partie II, nous avons poursuivi l'étude des problèmes pratiques qui peuvent émerger lors de la mise en œuvre des règles de compétence exclusive prévues en matière civile et commerciale, en nous intéressant à la prise en compte des compétences exclusives des États tiers en droit national ainsi qu'en droit européen. Nous avons constaté qu'en droit national, les droits de tradition civiliste procèdent à la bilatéralisation des compétences exclusive du for ; il ne s'agit, toutefois, pas d'une méthode satisfaisante, puisqu'elle ne permet pas une véritable prise en considération de la compétence étrangère. Un mécanisme alternatif inspiré des droits de *common law* et laissant au juge le soin d'apprécier l'opportunité de son dessaisissement, semble préférable.

456. En droit européen, nous avons examiné la théorie de l'effet réflexe dans le cadre des compétences exclusives (article 24 RBI *bis*) et nous avons proposé la consécration de cette théorie mais avec certains ajustements, afin d'éviter le renvoi au droit international privé du for que préconise cette théorie pour déterminer les modalités du déclinatoire de compétence que le juge peut prononcer. Au lieu de renvoyer au droit national du for, il est possible que le législateur européen définisse le régime du dessaisissement, ainsi que l'a proposé le GEDIP lors de sa réunion de Bergen en 2008[814]. Le renvoi partiel au droit national est, pourtant, inéluctable, dans la mesure où le sursis à statuer se transforme en dessaisissement obligatoire, lorsque le juge de l'État tiers rend un jugement susceptible d'être reconnue et, le cas échéant, exécutée en vertu du droit de l'État membre dont le juge est saisi.

Après avoir analysé le problème concernant la prise en considération des compétences exclusives des États tiers en droit national et en droit européen, nous allons poursuivre l'étude des difficultés qui peuvent émerger lors de la mise en œuvre des compétences exclusives en nous intéressant aux conflits de compétences exclusives qui se constatent notamment en matière de sociétés.

[814] www.gedip-egpil.eu, 18e réunion, Bergen, 19-21 sept. 2008, compte-rendu des séances de travail.

Chapitre III - Les éventuels conflits de compétences exclusives

457. La matière de sociétés constitue la principale source de conflits de compétences exclusives en raison du critère de rattachement qui a été choisi, à savoir le siège social (Section I). Dans ces conditions, il serait intéressant de réfléchir sur la possibilité d'aboutir, en niveau européen, à une notion unitaire de ce critère (Section II).

Section I : La matière de sociétés, la principale source de conflits de compétences exclusives

458. Il est important d'examiner les solutions envisageables afin de résoudre les conflits de compétences exclusives, qui peuvent surgir (§1), avant de s'intéresser plus précisément aux difficultés qui apparaissent lors de la mise en œuvre de la compétence exclusive en matière de sociétés, dans laquelle il est plus probable que ce type de conflits puisse se produire (§2).

§1 Les solutions envisageables

459. Après avoir délimité les hypothèses des conflits de compétences exclusives (I), nous allons étudier les solutions envisageables à ces dernières (II).

I. Les hypothèses des conflits de compétences exclusives

460. ***Les conflits de compétences exclusives en droit européen : en matière immobilière et de sociétés***. Bien qu'il soit souhaitable, compte tenu des développements antérieurs, que le juge du for prenne en compte et respecte les compétences exclusives étrangères, il convient de réserver la situation dans laquelle sa compétence repose sur le même fondement. Il est vrai que ces conflits de compétences exclusives sont rares mais ne constituent pas une pure hypothèse d'école. Ils peuvent se constater en matière immobilière et surtout en matière de sociétés, lorsque la compétence du for est fondée sur le droit européen.

Concernant la matière immobilière, l'identification du juge compétent ne soulève pas de difficulté, dans la mesure où les immeubles constituent des biens corporels insusceptibles d'être déplacés et leur localisation est, par conséquent, particulièrement aisée. Toutefois, la seule

situation problématique serait celle dans laquelle les éléments constitutifs de l'immeuble seraient situés sur le territoire de deux États membres différents. Nous verrons que la CJUE a été saisie d'une telle affaire.

Quant à la matière de sociétés, nous examinerons, dans le paragraphe suivant, les conflits de compétences exclusives qui sont susceptibles de surgir dans ce domaine. Il convient, cependant, de préciser que de tels conflits peuvent effectivement apparaître en matière de validité des sociétés, étant donné que l'article 24 §2 RBI *bis* désigne le juge du siège social de la société laissant au droit international privé de l'État membre dont le juge est saisi le soin de définir la notion de siège social. Or, cette notion fait l'objet d'interprétations divergentes en droit comparé. Ainsi, si une société a son siège réel dans un État définissant le siège social comme le siège réel et son siège statutaire dans un État définissant le siège social comme le siège statutaire, elle relèvera de la compétence exclusive des deux États.

II. Les solutions aux conflits de compétences exclusives

461. ***La solution retenue en droit européen : le mécanisme de litispendance***. Face à ce type de conflits, deux solutions sont envisageables, selon que la compétence du juge du for se fonde sur le droit européen ou sur le droit national de l'État du for. En effet, le droit européen utilise le critère chronologique afin de résoudre les conflits de compétences exclusives intracommunautaires en obligeant le juge saisi en second lieu à décliner sa compétence au profit du juge premier saisi dans le cas de conflit de procédures.

L'article 31 §1 RBI *bis* précise qu'en cas de conflit de procédures parallèles opposant deux juridictions des États membres différents titulaires d'une compétence exclusive en vertu de l'article 24, *« le dessaisissement a lieu en faveur de la juridiction première saisie »*. La solution retenue dans l'article 31 §1 plaide en faveur de la reconnaissance, dans l'État membre du juge saisi le second, de la décision rendue dans l'État membre du juge premier saisi. Il n'est pas cohérent d'obliger le juge saisi en second lieu à se dessaisir au profit du juge saisi le premier et ne pas admettre par la suite la reconnaissance de la décision rendue par ce dernier.

Il est possible de déduire de cette disposition, que le juge exclusivement compétent n'a pas à se dessaisir en faveur du juge d'un autre État membre, également doté d'une compétence exclusive, si ce dernier n'est pas encore saisi. Ainsi que nous l'avons noté, les hypothèses de

compétences exclusives simultanées des tribunaux de plusieurs États membres sont rares, sauf dans le cas des sociétés ayant leur siège statutaire dans un premier État membre, et leur siège réel dans un second.

462. ***Une approche contestable***. Néanmoins, même si cette approche semble avoir l'avantage de la simplicité, elle n'est pas exempte de tout reproche. La solution, prévue à l'article 31 §1, au problème tenant à la possibilité que les juridictions de plusieurs États se considèrent chacune comme exclusivement compétente, milite contre l'invocation de l'exclusivité. Comme le souligne D. P. Fernández Arroyo, si ce problème *« peut se résoudre sur la base habituellement utilisée pour la litispendance – c'est-à-dire celle de donner la compétence au premier tribunal saisi – sans que les fondations de l'ordre juridique qui doit « subir le préjudice » succombent, on ne peut que se demander quelles sont les raisons qui empêchent qu'une telle solution s'applique normalement, sans passer par la tromperie de l'exclusivité »*[815]. L'existence, par ailleurs, d'une pluralité de fors exclusifs à propos de la même affaire se concilie mal avec l'essence du mécanisme de la compétence exclusive, qui est censé donner compétence aux tribunaux d'un seul État membre.

463. ***La démarche utilisée par la CJUE s'éloignant de la solution chronologique***. En outre, il n'est pas sans intérêt de noter que la CJUE a rendu un arrêt en matière réelle immobilière dans lequel elle semble s'écarter de la solution chronologique retenue par l'article 31 §1 RBI *bis*. Dans l'affaire *Scherrens*[816], la Cour de justice a eu à connaître d'un litige relatif à un contrat de bail portant sur une propriété agricole dont les bâtiments étaient situés en Belgique et les terrains cultivables aux Pays-Bas. La question posée était de savoir quel juge devait être considéré comme exclusivement compétent pour déterminer l'existence éventuelle du contrat de bail relatif à une propriété immobilière dont les éléments sont situés dans deux États membres.

464. ***La scission du litige en cas de bien immobilier divisible***. La Cour de justice, au lieu de faire prévaloir la compétence du juge premier saisi pour statuer sur l'intégralité du litige au sens de l'article 31 §1, a conclu à la scission du litige entre juge belge et juge néerlandais,

---

[815] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI, *op. cit*., p. 112, n° 96.
[816] CJCE, 6 juillet 1988, aff. 158/87, *Scherrens c. Maenhout*, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 548, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1989, p. 454, obs. A. HUET.

donnant compétence exclusive au juge de chaque État pour statuer sur la partie du bien situé sur son territoire (point 13 de l'arrêt *Scherrens*). Il convient, toutefois, d'observer que cette scission du litige était, en l'espèce, envisageable, parce que le bien était divisible ; il était composé des bâtiments situés sur le territoire belge et des terrains situés aux Pays-Bas.

Pourtant, même dans une telle situation, cette solution n'est pas satisfaisante pour la cohérence du traitement juridique du contrat de bail, dans la mesure où elle comporte le risque que ce dernier soit soumis à l'examen de juges nationaux différents, qui peuvent rendre des décisions contradictoires. Ce risque a été identifié par l'avocat général, mais il a souligné, dans ses conclusions, que *« les effets des jugements correspondants ne peuvent pas s'étendre aux parties de l'immeuble relevant de la compétence d'autrui »*[817].

465. Cet argument ne semble pas convaincant, étant donné que les deux parties de la propriété apparaissent étroitement liées. D'un point de vue pratique, *« pour le preneur à bail, le contrat perd une bonne partie de son intérêt s'il bénéficie seulement des terrains sans disposer du matériel destiné à son exploitation, et plus encore s'il bénéficie du seul bâtiment d'exploitation sans avoir accès aux terres à cultiver »*[818].

La dualité de fors exclusifs peut, ainsi, engendrer certains inconvénients, quant au traitement cohérent du litige, conduisant à des décisions contradictoires, concernant l'existence du contrat de bail, alors que le locataire a intérêt à bénéficier d'un seul et unique contrat de bail pour l'ensemble de la propriété agricole. Il serait préférable de reconnaître la compétence exclusive d'un seul juge pour connaître de l'intégralité du litige, en admettant éventuellement la compétence exclusive du juge de chacun des États en cause et faisant prévaloir la compétence du juge premier saisi, selon l'article 31 §1, en cas de conflit de procédures.

466. ***La réserve émise par la CJUE en cas de bien immobilier indivisible***. Dans cette optique, il est important d'observer que la Cour de justice a admis une réserve relative aux situations dans lesquelles la propriété immobilière, dont les éléments sont situés dans deux États membres, n'est pas divisible. Elle a donné l'exemple de biens immobiliers contigus situés de

[817] Conclusions de l'avocat général M. G. Federico Mancini présentées le 19 avril 1988, point 2.
[818] L. USUNIER, *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale - Compétence - Règles de compétence exclusives - Article 24 du règlement (UE) n° 1215/2012*, *op. cit.*, p. 30, n° 47.

part et d'autre de la frontière avec une nette prédominance d'un territoire sur l'autre (point 14 de l'arrêt *Scherrens*). Selon l'avocat général, dans une telle hypothèse, la scission du litige est envisageable et l'article 24 §1 RBI *bis* doit être strictement appliquée, même s'il entraîne une dualité de fors exclusifs. L'unité de l'immeuble *« n'est pas nécessairement en contradiction avec sa divisibilité en parties distinctes sur le plan juridique et, partant, susceptibles d'être soumises à la compétence de juges nationaux différents »*[819].

Toutefois, cette solution, qui n'est pas satisfaisante – ainsi que nous l'avons déjà mentionné – même lorsque le litige est divisible, n'a pas été retenue par la CJUE. Dans de telles circonstances particulières, où le bien immobilier est situé sur la frontière entre deux États membres et se trouve en majeure partie dans le territoire de l'un des deux États, la Cour de justice a préféré regarder la propriété comme une unité et considérer qu'elle est entièrement située dans un de ces États aux fins de l'attribution aux tribunaux de celui-ci d'une compétence exclusive pour l'intégralité du litige.

467. ***La reconnaissance de la compétence exclusive du juge de l'État le plus impliqué***. Autrement dit, la Cour a jugé qu'il serait approprié d'admettre la compétence exclusive d'un seul juge, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la solution chronologique retenue par l'article 31 §1 RBI *bis,* qui privilégie la compétence du tribunal saisi le premier. Il faut reconnaître la compétence exclusive du seul État sur le territoire duquel le bien est principalement situé.

Il convient de préciser, comme le relève aussi l'avocat général dans ses conclusions[820], que selon certains auteurs[821], dans l'hypothèse où l'immeuble constitue une unité, il faudrait reconnaître la compétence exclusive du juge de chacun des États impliqués pour trancher l'ensemble du litige en faisant prévaloir la compétence du juge premier saisi conformément à l'article 31 §1 en cas de conflit de procédures.

468. La décision de la CJUE s'éloigne, pourtant, de cette approche fondée sur le critère chronologique, et adopte une démarche différente centrée sur les intérêts respectifs de chacun des deux États en conflit. La compétence exclusive est, en effet, attribuée au juge de l'État

[819] Conclusions de l'avocat général M. G. Federico Mancini, *op. cit.,* point 3.
[820] *Ibid*.
[821] G. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne*, *op. cit*., p. 193 ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du 27.9.1968*, *op. cit*., p. 126.

membre sur le territoire duquel est situé l'essentiel de l'immeuble, c'est-à-dire au juge de l'État le plus impliqué, avec lequel le litige entretient des liens manifestement plus étroits[822].

Il faut aussi souligner que le critère chronologique peut être utilisé pour résoudre un éventuel conflit de compétences exclusives seulement dans le cadre d'un espace judiciaire intégré fondé sur la confiance mutuelle et la coopération, comme c'est le cas de l'Union européenne, dans laquelle l'harmonisation des certaines règles substantielles et l'existence des garanties procédurales essentielles permettent d'assurer une fongibilité relative des tribunaux.

469. ***La solution appropriée en droit national : la méthode de la balance des intérêts étatiques***. En revanche, en dehors d'un tel cadre, c'est-à-dire lorsque la compétence du juge du for se fonde sur le droit national, une autre méthode paraît plus adéquate, celle de la balance des intérêts étatiques, à l'instar du droit américain.

Dans un tel contexte où les intérêts fondamentaux de l'État du for et ceux d'un État étranger sont en cause, le juge du for devrait comparer les intérêts respectifs des États impliqués et accepter de se dessaisir, s'il lui apparaît que le refus de décliner sa compétence porterait une atteinte déraisonnable et disproportionnée aux intérêts étrangers par rapport à celle que risquent de subir les intérêts du for en cas de dessaisissement. Cette démarche invite le juge à exercer un contrôle de proportionnalité, en prenant en considération les circonstances de l'espèce[823]. Une autre approche consisterait aussi à identifier l'État dont les intérêts sont les plus gravement affectés, non pas à travers la méthode de la balance des intérêts, mais de façon objective, en fonction des liens que chaque État impliqué entretient avec le litige.

Nous allons, à présent, nous intéresser à la matière de sociétés, et plus précisément à l'article 24 §2 RBI *bis* dans lequel réside la principale source de conflits de compétences exclusives.

---

[822] Le recours à l'article 31 §1 RBI *bis* et au critère chronologique serait inévitable dans l'hypothèse rare où l'immeuble serait pour moitié sise dans un État membre et pour moitié dans un autre État membre. Dans ce cas, il faudrait donner compétence exclusive pour l'intégralité du litige aux tribunaux des deux États membres en réglant l'éventuel conflit de procédures en faveur du juge premier saisi conformément à l'article 31 §1.

[823] A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003, p. 833-844. V. aussi, L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, *op. cit*., p. 326. L'auteure précise que le juge du for doit tenir compte de la juridiction étrangère avec laquelle il est en conflit et du droit qu'elle va appliquer. Ce facteur pourrait s'avérer déterminant si le droit appliqué par le juge étranger apparaît équivalent à celui du for.

§2 La mise en œuvre problématique de la compétence exclusive en matière de sociétés en raison du critère de rattachement

470. La notion de siège social fait l'objet de conceptions différentes dans les systèmes nationaux (I). L'article 24 §2 RBI *bis* renvoie au droit international privé du for pour la détermination du siège de la société, dans la mesure où il n'y a pas de notion unitaire de siège social dans le cadre européen (II).

I. Les différentes conceptions du siège social

471. ***La mise en œuvre problématique de la compétence exclusive en matière de sociétés en raison du critère de rattachement***. Comme nous l'avons précisé auparavant, les hypothèses de compétences exclusives simultanées des juridictions de plusieurs États membres se constatent surtout en matière de validité des sociétés et des décisions prises par leurs organes. En effet, le critère du siège, qui est retenu par l'article 24 §2 RBI *bis* en tant que facteur de rattachement, est susceptible de faire l'objet d'interprétations divergentes au sein des droits nationaux des États membres, ce qui peut conduire à ce qu'une société relève de la compétence exclusive des deux États.

472. ***Les différentes conceptions du « siège », critère de rattachement en matière de sociétés***. Concrètement, l'article 24 §2 donne compétence exclusive au juge de l'État membre du siège de la personne morale. Il n'est guère étonnant que le critère de rattachement, qui a été choisi pour la règle de compétence exclusive en matière de sociétés, est le siège social.

Ce dernier joue un rôle extrêmement important dans la vie des sociétés, puisqu'il joue le rôle assigné au domicile des personnes physiques, et est employé comme facteur de rattachement tant en niveau interne qu'en niveau international dans le cadre des diverses matières intéressant les sociétés. Il sert, en effet, de critère de rattachement non seulement en matière de compétence internationale mais aussi en matière de loi applicable. Toutefois, l'interprétation de la notion de siège social peut varier d'un droit national à l'autre, recouvrant tantôt le siège statutaire, tantôt le siège réel.

473. ***La théorie de l'incorporation et la théorie du siège réel***. Deux conceptions radicalement opposées existent, depuis longtemps, quant à la définition de la notion de siège

social dans les pays de droit civil. D'une part, dans les systèmes nationaux adoptant la théorie de l'incorporation, un lien purement formel issu de l'immatriculation de la société sur un registre est pris en considération.

Le rattachement de la société à l'État s'effectue alors par le siège statutaire mentionné dans les statuts ou actes constitutifs de la société, ce qui laisse une très grande place à la volonté des fondateurs, puisque l'incorporation est totalement indépendante de la localisation matérielle du siège de la société. Le lieu de la direction effective de la société, c'est-à-dire son siège réel, n'est pas pris en compte, interdisant toute caractérisation de fraude dans le choix par les fondateurs du lieu de constitution de la société. Un nombre croissant d'États au sein de l'Union européenne optent aujourd'hui pour ce système.

474. Il convient de souligner que la notion de siège social est inconnue de certains systèmes juridiques, et notamment des pays de *common law*. C'est la raison pour laquelle le RBI *bis* dans son article 63, qui apporte des précisions pour le for du défendeur, définit le siège statutaire pour l'Irlande, Chypre et le Royaume-Uni, comme indiquant le *registered office* ou, s'il n'existe nulle part de *registered office*, le *place of incorporation* (le lieu d'acquisition de la personnalité morale) ou, s'il n'existe nulle part de lieu d'acquisition de la personnalité morale, le lieu selon la loi duquel la constitution a été effectuée.

D'autre part, certains États membres adhèrent à la théorie du siège réel, imposant que la société soit constituée dans l'État où se situe son siège réel, c'est-à-dire le lieu où l'activité de la personne morale se déroule à titre principal[824]. Il s'agit d'un critère factuel qui doit être identifié, en examinant l'activité de la société. Dans un tel système, le rattachement de la société ne résulte pas de la seule volonté des fondateurs ; un élément matériel doit confronter l'élément formel de l'immatriculation sur un registre.

475. ***La position du droit français***. Quant au droit international privé français des sociétés, il fait une application combinée des deux théories. Le droit français retient un rattachement dual renvoyant au siège statutaire et dans certains cas au siège réel. Ce dernier n'intervient qu'à titre

[824] Pour un examen récent de la question, v. L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, RCADI, 2019, n° 397, p. 115 et s. et surtout p. 183 et s.. Dans le Chapitre I de la première partie, l'auteur examine les règles de localisation objective de l'entreprise. Le critère de localisation objective est identifié comme étant celui du lieu où se réunissent les organes et les fonctions de la direction supérieure de l'entreprise, définissant en droit européen l'administration centrale et en droit international le siège réel.

d'exception, notamment en cas de fictivité du siège statutaire, en cas de fraude ou dans l'intérêt des seuls tiers à la société[825]. Sous ces deux exceptions, le siège statutaire est retenu comme le facteur de rattachement de principe, démontrant l'orientation du droit français vers l'adoption de la théorie de l'incorporation[826].

II. Le renvoi au droit international privé du for

476. Le renvoi au droit national du for a pour but d'aboutir à un seul domicile de la société, ce qui permet de rendre exclusivement compétentes les juridictions d'un seul État membre et de faire coïncider le *forum* et le *jus* (A). Toutefois, la dissociation des sièges statutaire et réel est susceptible de faire émerger des difficultés (B).

[825] V. l'article 1837 du Code civil et l'article L. 210-3 du Code de commerce, selon lesquels *« Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu »*, cette disposition est interprétée comme un correctif au rattachement de principe des sociétés selon leur siège statutaire, accordant aux tiers le droit de se prévaloir du droit de l'État du siège réel, en cas de fraude. En ce sens, H. SYNVET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse Rennes, 1979, p. 94 et s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Précis Domat, éd. Montchrestien, 12e éd., 2019, n° 1037 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Précis Domat, éd. Montchrestien, 3e éd., 2011, n° 74. M. Audit, S. Bollée et P. Callé précisent, à propos de l'état complexe du droit français, que *« la solution consistant à donner compétence à la loi du siège social ne repose pas sur l'idée – qui serait fausse – qu'une société peut sans difficulté être soumise à une autre loi que celle du pays d'enregistrement … Elle tend au contraire à imposer que la société soit constituée là où est fixé son centre de décision, plutôt que dans un pays avec lequel elle pourrait n'avoir aucun lien effectif »* (M. AUDIT, S. BOLLÉE et P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 3e éd. 2019, n° 54).

[826] La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt *Artifax Trading*, a apporté des précisions quant à la détermination du siège social employé comme critère dans une règle française de procédure civile – il s'agit de l'article 960 du Code de procédure civile (Cass. com. 21 oct. 2014, *Artifax Trading* n° 13-11.805, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 541, note L. D'AVOUT, *D.* 2015, p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid*. p. 2031, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. sociétés* 2015, p. 463, note M. MENJUCQ ; *RTD com*. 2015, p. 103, chron. A. CONSTANTIN). Selon cette règle, les conclusions d'appel d'une personne morale doivent mentionner son siège social. Or, le texte n'indique pas quelle conception du siège social, réel ou statutaire, il convient de retenir. La Haute juridiction a déclaré que *« pour apprécier l'exactitude du siège social indiqué dans les conclusions d'une personne morale, il y a lieu de se référer à la loi dont dépend la société en cause »*. Elle aboutit *« à un résultat équivalent à celui qui aurait été obtenu si elle avait déclaré tenir compte par principe, en matière internationale, du siège statutaire »* (v. L. D'AVOUT, « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 541). Pourtant, cette solution ne peut pas être étendue aux autres règles de procédure, qui emploient le critère du siège, comme la règle de compétence internationale prévue par l'article 24 §2 RBI *bis*. Ainsi que le souligne L. d'Avout dans son commentaire, *« le for demeure libre de caractériser selon ses vues le siège social créateur de compétence. Nulle raison ne commande d'abandonner au point de vue étranger du pays du siège statutaire la détermination de cette qualification de compétence. Le for français garde toute latitude s'inspirant de la règle de rattachement duale (siège statutaire ou réel), pour retenir sa compétence du fait d'un siège social réel et effectif, le siège statutaire fût-il étranger »*. Nous allons voir que l'article 24 §2 RBI *bis* laisse, effectivement, au droit international privé du juge saisi le soin de déterminer le siège social, qui est employé en tant que critère de rattachement pour la compétence exclusive.

A. Le but recherché par le renvoi au droit national du for

477. ***La détermination du siège de la société au sens de l'article 24 §2 RBI bis, le renvoi au droit international privé du for***. Dans ces conditions, il convient d'observer que l'article 24 §2 reconnaît la compétence exclusive du juge de l'État membre du siège de la société, sans pourtant préciser la nature du siège – réel ou statutaire – indiquant seulement qu'il doit être déterminé selon les règles de droit international privé du juge saisi. Autrement dit, la disposition n'opère pas un choix entre le rattachement des sociétés à l'ordre juridique de leur siège statutaire et celui à l'ordre juridique de leur siège réel.

En cas de discordance des sièges statutaire et réel, le texte reconnaît au juge d'un État membre retenant le rattachement par le siège réel, la possibilité de s'estimer compétent au sens de l'article 24 §2 relativement à une société immatriculée dans un autre État membre où elle n'exerce aucune activité effective. Le RBI *bis* respecte, ainsi, la diversité des conceptions nationales de la notion de siège social.

478. ***La définition autonome du domicile des sociétés prévue à l'article 63 RBI bis***. Le règlement comporte une définition autonome du domicile des personnes morales à son article 63, mais elle ne peut pas être étendue à l'identification du siège des sociétés au sens de l'article 24 §2. L'article 63 édicte, en effet, une règle de droit matériel – calquée sur l'article 54 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) relatif à la liberté d'établissement[827] – selon laquelle les sociétés sont domiciliées là où est situé leur siège statutaire[828], leur administration centrale ou leur principal établissement. Le texte ne tranche pas entre le critère du siège statutaire et celui du siège réel, étant donné qu'il retient une définition alternative du domicile des personnes morales – une option claire est offerte au demandeur qui peut assigner la société à son gré devant le tribunal de l'un des trois critères énoncés.

[827] Selon l'article 54 TFUE, *« Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres »*.

[828] Nous rappelons que pour l'Irlande, Chypre et le Royaume-Uni, le règlement définit le siège statutaire comme le *registered office* ou, s'il n'existe nulle part de *registered office*, le *place of incorporation* (le lieu d'acquisition de la personnalité morale) ou, s'il n'existe nulle part de lieu d'acquisition de la personnalité morale, le lieu selon la loi duquel la constitution a été effectuée.

479. ***Le caractère inapproprié de l'approche retenue dans l'article 63 RBI bis pour la consécration d'une règle de compétence exclusive***. Cette approche retenue par le règlement quant à la domiciliation d'une personne morale sur le territoire d'un État membre n'a pas été considérée appropriée dans l'élaboration d'une règle de compétence exclusive. L'article 63 peut conduire à des cumuls de domicile dans des États membres différents, lesquels ne posent pas de difficulté particulière s'agissant de définir le champ d'application spatial du règlement et d'identifier le juge compétent en vertu de l'article 4 RBI *bis*, puisque la compétence est optionnelle – l'existence d'une pluralité de domicile dans des États membres différents va entraîner une multiplication des options de compétence offertes au demandeur.

Néanmoins, lors de la consécration d'une règle de compétence exclusive, il importe que les tribunaux d'un seul État membre soient compétents. Il faut, ainsi, faire en sorte que le rattachement de la personne morale avec un État soit unique – de tels cumuls de domicile au sens de l'article 63 ne sont pas adéquats, dans la mesure où ils ne permettent pas de donner compétence aux juridictions d'un seul État membre, comme l'exige le mécanisme de compétence exclusive.

C'est la raison pour laquelle l'article 24 §2 renvoie au droit international privé du juge saisi afin de déterminer le siège, ce qui permettra d'aboutir à un seul domicile de la société. Ce renvoi opéré par le texte s'explique aussi par la volonté de faire coïncider la compétence juridictionnelle et la loi applicable, afin d'assurer l'efficacité de la *lex societatis*. Cette corrélation entre le *forum* et le *jus* n'aurait pas pu être assurée si une définition alternative du siège des sociétés était retenue, en raison de l'absence d'harmonisation à l'échelle européenne de la loi applicable à la constitution et au fonctionnement des sociétés.

480. ***L'approche retenue par l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale***. Avant d'étudier les problèmes qui peuvent émerger en raison du renvoi au droit international privé national, il est intéressant d'observer l'approche retenue par l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, établi en 1999 dans le cadre de la Conférence de la Haye[829]. Selon l'article 12 §2 de l'avant-projet, l'action portant sur la validité,

[829] L'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté par la Commission spéciale en 1999 est disponible en ligne à l'adresse suivante https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf

la nullité ou la dissolution d'une personne morale ou la validité ou la nullité des décisions de ses organes, relève de la compétence exclusive du juge de l'État contractant dont la loi régit la personne morale.

Le rattachement retenu par le texte pour fonder cette compétence exclusive n'est pas le siège social dont la définition présente des difficultés en raison de la variété de solutions qu'elle offre en droit comparé[830]. Le rapport Nygh/Pocar portant sur l'avant-projet de Convention souligne que la référence au siège statutaire, qui n'est pas connu de tous les systèmes juridiques, a été écartée, ainsi que la solution retenue pour le for général du défendeur, qui aurait conduit à une pluralité de fors.

481. En effet, à l'instar de l'article 63 RBI *bis*, l'article 3 §2 de l'avant-projet retenait une pluralité de rattachements alternatifs afin de définir le domicile de la personne morale, offrant, ainsi, au demandeur une série d'options, lorsque la société présente des liens avec plusieurs pays[831]. Cette solution n'a pas été jugée approprié pour l'édiction d'une règle de compétence exclusive, dans la mesure où elle aurait amené à une pluralité de fors, alors que l'objectif d'une telle règle est de rendre compétents les tribunaux d'un seul État.

Dans ces conditions, a été adopté le critère de rattachement de l'État dont la loi régit la personne morale. Il s'agit d'une solution basée sur le droit international privé du for, puisqu'il n'y a pas d'harmonisation de la loi applicable en matière de sociétés. Il faut, d'ailleurs, rappeler que la solution retenue dans l'article 24 §2 RBI *bis* renvoie également au droit national du juge saisi, par l'intermédiaire de la notion de siège de la société.

L'approche empruntée dans l'avant-projet de Convention paraît, toutefois, plus complexe, étant donné qu'elle n'opère pas seulement un renvoi au droit national du for mais fait dépendre la compétence de l'application d'une règle de conflit de lois. En outre, ainsi que le remarque le rapport Nygh/Pocar, même si la loi qui régit la personne morale sera dans la plupart de cas la loi selon laquelle la société a été enregistrée, *« la possibilité de compétences exclusives concurrentes en la matière n'est nullement exclue, en tant que conséquence inévitable du*

[830] V. Rapport NYGH/POCAR sur l'avant-projet de Convention, *op. cit.*, p. 68. Le rapport est disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf

[831] Selon l'article 3 §2 de l'avant-projet de Convention, *« Aux fins de la Convention, une entité ou une personne autre qu'une personne physique est réputée être habituellement résidente dans l'État : a) de son siège statutaire, b) selon la loi duquel elle a été constituée, c) de son administration centrale, ou d) de son principal établissement »*.

recours au droit international privé des États contractants »[832]. Nous verrons que ce risque existe aussi dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 24 §2 RBI *bis*.

B. Les difficultés envisageables en cas de dissociation des sièges statutaire et réel

482. Il faut distinguer, d'une part, le risque des conflits négatifs de compétences (1) et d'autre part le risque des conflits positifs de compétences (2).

1. Le risque des conflits négatifs de compétences

483. ***Les conflits négatifs de compétences***. Même si le renvoi au droit international privé du for opéré par l'article 24 §2 permettra à ce que le siège soit unique, au regard de chaque État membre, des difficultés sont envisageables, en cas de dissociation des sièges statutaire et réel, compte tenu de la divergence d'interprétation de la notion de siège social au sein des droits nationaux – certains consacrant le critère du siège réel, d'autres le critère du siège statutaire.

En effet, le renvoi au droit international privé du for risque d'engendrer des conflits négatifs de compétences lorsque la personne morale a son siège réel dans un État membre qui adopte le critère du siège statutaire et son siège statutaire dans un État membre qui retient le critère du siège réel.

Dans ce cas de figure, aucun des juges de ces États membres ne se déclarerait compétent en vertu de l'article 24 §2, exposant les parties à un déni de justice. *« Pour remédier à cette difficulté, les juridictions de ces deux États membres – voire toute juridiction présentant un lien substantiel avec la personne morale – pourraient statuer, en écartant le jeu de l'article 24 §2, au nom du droit d'accès au juge découlant de l'article 6 §1, de la Convention européenne des droits de l'homme »*[833].

[832] V. Rapport NYGH/POCAR sur l'avant-projet de Convention, *op. cit*., p. 68.
[833] L. USUNIER, *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale - Compétence - Règles de compétence exclusives - Article 24 du règlement (UE) n° 1215/2012*, *op. cit.*, p. 38, n° 58. Quant à la reconnaissance et l'exécution des décisions, l'auteure estime qu'il il faudrait ne pas priver d'effet une telle décision au nom de l'article 45 §1, e), du RBI *bis*, afin de ne pas faire renaître le déni de justice au stade de l'instance indirecte.

2. Le risque des conflits positifs de compétences

484. Concernant le risque des conflits positifs de compétences, il convient d'examiner séparément l'hypothèse où il y a un conflit de procédures (a) et celle où un tel conflit fait défaut (b). Il faudra aussi étudier l'hypothèse des décisions contradictoires (c).

a. L'hypothèse de conflit de procédures

485. ***Les conflits positifs de compétences, le cas de conflit de procédures entre États membres***. Le renvoi au droit national crée aussi le risque d'un conflit positif de compétences si la société a son siège réel dans un État membre retenant le critère du siège réel et son siège statutaire dans un État membre adoptant la théorie de l'incorporation. Dans une telle hypothèse, les tribunaux de ces deux États seront considérés comme exclusivement compétents en vertu de l'article 24 §2.

En cas de conflit de procédures, nous avons précisé que le règlement prévoit un remède à son article 31 §1, faisant jouer le mécanisme de la litispendance. Lorsque la demande relève de la compétence exclusive de plusieurs juridictions, le juge second saisi est obligé à se dessaisir en faveur de juge saisi en premier lieu. Comme nous l'avons noté, cette solution laisse entendre que la décision rendue dans l'État membre du juge premier saisi doit pouvoir être reconnue dans l'État membre dont le juge a été saisi en second lieu et a décliné sa compétence.

486. ***Le cas de conflit de procédures entre un État membre et un État tiers.*** Pourtant, les choses deviennent plus compliquées si le conflit de procédures survient entre le juge d'un État membre et le juge d'un État tiers. Imaginons l'hypothèse où la société a son siège réel dans un État membre qui adopte le critère du siège réel et son siège statutaire dans un État tiers qui retient le critère du siège statutaire et s'estime aussi exclusivement compétent en matière de validité des sociétés selon son propre droit.

Une question relative à la validité de la société ou d'une décision prise par ses organes émerge et les juges de ces États sont saisis simultanément. Plus précisément, le juge de l'État tiers est saisi en premier lieu et la question qui se pose, alors, dans ces circonstances, est de savoir si le juge de l'État membre saisi le second doit se dessaisir au profit de son homologue étranger. La réponse semble être négative, dans la mesure où même si on admet l'effet réflexe

de l'article 24 §2, le dessaisissement en faveur du juge de l'État tiers ne peut pas avoir lieu si le juge de l'État membre saisi est investi d'une compétence exclusive sur le fondement de l'article 24.

b. Les problèmes surgis en cas de conflit positif de compétences en dehors d'un conflit de procédures

487. ***Le conflit positif de compétences entre États membres en dehors d'un conflit de procédures***. En dehors de tout conflit de procédures, d'autres questions demeurent incertaines lorsqu'il y a un conflit positif de compétences. En effet, se pose la question de savoir si le juge de l'État membre où est situé le siège réel de la société est autorisé à refuser la reconnaissance de la décision rendue dans l'État membre du siège statutaire et *vice versa* ou s'ils sont obligés de reconnaître cette décision, puisqu'elle émane d'un État membre, qui, selon sa propre définition du siège social, est exclusivement compétent en vertu de l'article 24 §2.

La doctrine est partagée sur ce point. Certains auteurs considèrent que le jugement rendu dans un État membre s'estimant exclusivement compétent en tant qu'État du siège doit pouvoir être reconnue dans l'autre État membre doté de la même compétence[834] mais cette approche ne fait pas l'unanimité en doctrine[835]. En outre, le rapport Jenard relatif à la Convention de Bruxelles admettait que l'article 16 §2 de la Convention – repris à l'article 24 §2 RBI *bis* – pourrait provoquer des difficultés. *« Ainsi en serait-il, par exemple, si le juge d'un État prononçait la dissolution d'une société ayant son siège social dans cet État et si la reconnaissance d'une telle décision était demandée dans un autre État attaché au régime du siège statutaire et où la société aurait un tel siège »*[836].

488. Selon le rapport, le juge de l'État requis serait en droit de refuser la reconnaissance de la décision sur le fondement de l'article 28 de la Convention – repris à l'article 45 §1 e) RBI *bis* – pour le motif que les tribunaux de son pays étaient dotés de la même compétence exclusive. Il convient, toutefois, d'observer que cette solution ne semble pas être en conformité

[834] H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, n° 110, p. 119 ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, op. cit.*, n° 152 ; M. WESER, *La Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Pédone, 1975, n° 252, 279.
[835] G. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne*, *op. cit.*, n° 397.
[836] Rapport Jenard, Journal officiel des Communautés européennes, 5 mars 1979, C 59, *op. cit.*, p. 57.

avec celle-ci adoptée en cas de conflit de procédures entre États membres s'estimant tous deux exclusivement compétents au titre de l'article 24 §2.

En effet, l'article 31 §1 RBI *bis*, en réglant ces conflits au profit du juge premier saisi, plaide en faveur de la reconnaissance, dans l'État membre du juge saisi en second lieu, de la décision rendue par le juge premier saisi. Il ne paraît pas cohérent d'admettre la reconnaissance d'un tel jugement en cas de conflit de procédures mais la refuser en dehors d'un tel conflit. Dans cette perspective, il est souhaitable que la décision émanant du juge de l'État membre du siège statutaire puisse être reconnue dans l'État membre où est situé le siège réel de la société, ainsi que dans un autre État membre qui retient également le critère du siège réel.

489. ***La tolérance de l'interprétation étrangère d'une règle de compétence commune***. Il est important de noter, à cet égard, comme le dit F. Mailhé[837], que dans le cadre du RBI *bis* les hypothèses de conflit d'interprétations d'une règle de compétence commune sont limitées mais peuvent se produire lors de la réception d'un jugement étranger ayant apprécié différemment une règle de compétence uniforme considérée comme exclusive.

Ce risque de conflit d'interprétations peut, en effet, se présenter à propos de l'article 24 §2 RBI *bis*, puisque le texte renvoie au droit international privé du juge saisi afin de définir le siège, qui constitue le facteur de rattachement de la règle de compétence exclusive. Or, ainsi que nous l'avons mentionné, le siège fait l'objet d'une divergence d'interprétation au sein des droits nationaux, ce qui peut conduire à ce qu'une société relève de la compétence exclusive des deux États membres.

La question qui se pose est de savoir que faire si le juge étranger, se fondant sur l'article 24 §2, qui est une règle de compétence uniforme aux deux ordres juridiques impliqués, l'a interprétée de telle manière qu'il était exclusivement compétent, alors que l'interprétation du for de cette même règle aboutirait à en déduire qu'il ne l'était pas[838]. Dans un tel cas, F. Mailhé souligne que la solution favorable à la reconnaissance du jugement étranger dans le for s'impose non pas pour des raisons juridiques mais d'opportunité.

[837] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, *op. cit.*, n° 565 et s..
[838] *Ibid.*, n° 568.

490. Le refus de reconnaissance pourrait être défendu si on analysait l'interprétation retenue par le for de la règle uniforme comme elle-même exclusive, c'est-à-dire si on considérait que *« l'interprétation de la règle uniforme intègre cette règle, que cette interprétation devienne la règle elle-même »*[839]. Toutefois, cette approche exige de retenir une analyse en termes d'ordres juridiques et transforme le processus interprétatif de la règle par la jurisprudence en une réécriture de la règle, alors que ces éléments ne sont pas appropriés dans un système de source internationale, qui doit être *« immunisé contre la perte de cohérence que pourrait engendrer la logique nationale, c'est-à-dire la tentation de l'adaptation de règles internationales à chaque ordre juridique national de réception du système »*[840].

Ainsi, le jugement étranger devrait bénéficier de la reconnaissance, afin de respecter la cristallisation de l'état de droit qu'il opère pour les parties et éviter le risque de situations « boiteuses ». La possibilité de reconnaissance se justifie aussi par le fait que la décision émane d'une juridiction partenaire dans un système international de compétence fondé sur la confiance mutuelle. Il faudrait, alors, *« tolérer l'interprétation étrangère cristallisée dans le jugement étranger soumis à reconnaissance et poser le principe de la reconnaissance des décisions étrangères lorsque le juge d'origine s'est déclaré compétent en contradiction avec l'interprétation de la norme de compétence uniforme habituellement retenue par le for requis »*[841].

491. ***La possibilité de reconnaître le jugement étranger malgré le conflit d'interprétations du siège social***. À notre sens, cette analyse permet de justifier la reconnaissance de la décision rendue par le juge de l'État membre du siège statutaire, sur le fondement de l'article 24 §2, dans l'État membre où est situé le siège réel de la société, ainsi que dans un autre État membre qui retient également le critère du siège réel, même si la notion de siège fait l'objet d'un conflit d'interprétations au sein de ces États.

Par ailleurs, selon l'auteur, la prise en compte de l'interprétation étrangère de la règle de compétence commune découle aussi de l'obligation de droit international public de l'État d'assurer l'uniformité de l'application du système international de compétence. Dans une perspective moniste, les travaux de M.-C. Pitton permettent de constater que la prise en compte

[839] *Ibid.*, n° 573.
[840] *Ibid.*, n° 564, v. aussi n° 573.
[841] *Ibid.*, n° 574.

de l'interprétation étrangère devient plus fréquente et positive, car *« les ordres juridiques acceptent mieux que par le passé le pluralisme juridique et la prise en compte des solutions des ordres juridiques étrangers. Le juge serait ainsi dans l'obligation, tirée de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de prendre en compte les jurisprudences étrangères au moment d'interpréter la règle uniforme »*[842]. Si on analyse la question dans des termes dualistes, on peut également trouver la volonté des États de garantir l'uniformité du système international qui justifie la prise en compte de la jurisprudence étrangère.

Autrement dit, *« tout système international de compétence impose une interprétation uniforme qui justifie, par cette seule nécessité, de prendre en compte la jurisprudence étrangère »*[843]. Dans le cadre européen, la prise en considération de l'interprétation étrangère fait aussi partie de la coopération juridictionnelle, sur laquelle est fondée l'espace judiciaire européen[844].

492. ***Le conflit positif de compétences entre un État membre et un État tiers en dehors d'un conflit de procédures***. En cas de conflit positif de compétences entre un État membre et un État tiers, c'est-à-dire en cas de dissociation des sièges réel et statutaire entre un État membre et un État tiers, peut aussi se poser la question du sort du jugement éventuellement rendu par le juge de l'État tiers portant sur la validité de la société.

Imaginons, par exemple, que le juge de l'État tiers où est situé le siège statutaire, rend un tel jugement. Ce dernier ne semble pas pouvoir être reconnue dans l'État membre du siège réel, puisque le juge de ce dernier est investi d'une compétence exclusive sur le fondement de l'article 24 §2. Ainsi que nous l'avons précisé auparavant[845], le droit national des États membres de la régularité internationale des jugements étrangers se trouve affecté, lorsque l'article 24

---

[842] *Ibid.*, n° 590 et s.. V. aussi, M.-C. PITTON, *Le rôle du jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme*, Thèse Paris I, 2007, p. 549 et s.
[843] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, *op. cit.*, n° 593.
[844] D'après F. Mailhé, l'article 7 du Code de procédure civile français, constitue, en droit français, la traduction procédurale de l'obligation internationale de l'État de respecter l'objectif d'uniformité du système international de compétence en tenant compte de l'interprétation étrangère de la règle de compétence commune. Selon ledit article, *« parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions »*. Sur le fondement de cet article, il serait possible de sanctionner la décision du juge français qui aurait explicitement écarté la pertinence de l'interprétation étrangère donnée par une jurisprudence étrangère. L'auteur propose, même s'il semble trop ambitieux, d'imposer au juge français l'obligation d'une motivation spéciale de sa décision lorsqu'il ne souhaite pas retenir l'interprétation étrangère (v. F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, *op. cit.*, n° 594 et s.).
[845] V. *supra*, n° 25.

désignent les juridictions d'un État membre, en raison du champ d'application exorbitant de la disposition, qui s'applique sans considération du domicile du défendeur. Dans ces conditions, le jugement rendu dans l'État tiers ne pourra pas être reconnue, étant donné qu'il porte atteinte à une compétence exclusive de l'article 24.

493. La question devient plus complexe lorsque la décision en provenance de l'État tiers est invoquée devant le juge d'un autre État membre, qui retient quant à lui le critère du siège statutaire. Dans une telle situation, l'État membre requis pourrait-il reconnaître le jugement de l'État tiers ou devrait-il à l'inverse l'écarter en tant qu'elle méconnaît la compétence exclusive du juge d'un État membre, qui, d'après sa propre définition du siège social, est exclusivement compétent au sens de l'article 24 §2 ? Il semble préférable de refuser la reconnaissance de la décision étrangère en respectant l'interprétation du siège retenue par l'État membre concerné, car, comme nous l'avons noté, le droit national de la régularité internationale des jugements étranger se trouve affecté, lorsque l'article 24 désigne les tribunaux d'un État membre et par conséquent, le jugement émanant des États tiers doit se heurter à un refus d'*exequatur* s'il porte atteinte à l'une des compétences exclusives de l'article 24.

Il découle de ce qui précède qu'en cas de discordance des sièges statutaire et réel entre deux États membres, la reconnaissance du jugement rendu par le juge de l'un de ces États sur le fondement de l'article 24 §2 est admise au sein de l'UE. En revanche, en cas de disparité des sièges statutaire et réel entre un État membre et un État tiers, la reconnaissance du jugement émanant de l'État tiers n'est pas possible au sein du territoire européen.

494. Cette différence de traitement se justifie par le fait que les États membres participent à l'espace judiciaire européen fondé sur la confiance mutuelle et la fongibilité relative des tribunaux nationaux. Ils sont liés par des règles de compétence communes et bénéficient d'un régime libéral de reconnaissance des décisions. La réception des décisions émanant des États membres dans un tel contexte se justifie aussi par le mécanisme de litispendance qui joue en cas de conflit de procédures entre État membres qui se considèrent tous deux exclusivement compétents en vertu de l'article 24 §2.

Cependant, dans les relations entre États membres et États tiers, il n'y a pas un système commun des règles de compétence et de reconnaissance des jugements et le mécanisme de

litispendance ne peut pas être mobilisé en cas de conflit de procédures entre un État membre et un État tiers s'estimant tous deux dotés d'une compétence exclusive.

c. L'hypothèse des décisions contradictoires

495. ***L'hypothèse des décisions contradictoires entre États membres***. Une autre situation problématique, qui peut surgir en dehors d'un conflit de procédures, en cas de dissociation des sièges réel et statutaire entre deux État membres, consiste à l'hypothèse où les juges de ces États sont saisis de façon non simultanée en matière de validité de la société sur le fondement de l'article 24 §2 et rendent des décisions contradictoires. Dans une telle situation, il semble qu'il faille trancher le conflit en faveur de la première décision rendue, conformément à l'article 45 §1 d) RBI *bis*[846].

496. ***L'hypothèse des décisions contradictoires entre un État membre et un État tiers.*** La situation devient plus compliquée, si les décisions contradictoires sont rendues par un État membre et un État tiers à l'UE. Imaginons, par exemple, l'hypothèse où une décision rendue par l'État membre du siège réel de la société se heurte à une décision rendue par l'État tiers de son siège statutaire et l'État membre requis retient quant à lui le critère du siège statutaire.

La question qui se pose est de savoir si l'État membre requis devrait appliquer l'article 45 §1 d) et faire primer le jugement rendu en premier lieu ou s'il faudrait refuser la reconnaissance de la décision de l'État tiers en faisant prévaloir celle de l'État membre. La seconde solution paraît préférable, car, comme nous l'avons déjà précisé, il faut respecter l'interprétation du siège social retenue par l'État membre concerné et refuser la reconnaissance du jugement en provenance d'un État tiers, qui méconnaît la compétence exclusive du juge d'un État membre.

Face à ces problèmes qui peuvent surgir lors de la mise en œuvre de l'article 24 §2 RBI *bis* en raison de la divergence d'interprétation dont fait l'objet la notion de siège dans les droits nationaux, il serait intéressant d'examiner la possibilité d'aboutir, en niveau européen, à une notion unitaire de siège social.

[846] Selon l'article 45 §1 d) RBI *bis*, *« À la demande de toute partie intéressée, la reconnaissance d'une décision est refusée si la décision est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque la décision rendue antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis »*.

Section II : La recherche d'une notion unitaire de siège social dans le cadre de l'article 24 §2 RBI *bis*

497. ***La nécessité d'une interprétation autonome des notions employées dans des règles de compétence communes***. La recherche d'une notion unitaire de siège social est souhaitable, dans la mise en œuvre de l'article 24 §2 *bis*, puisque – comme nous l'avons souligné auparavant – l'existence d'une pluralité de fors exclusifs à propos de la même affaire se concilie mal avec l'essence du mécanisme de la compétence exclusive, qui est censé rendre compétents les tribunaux d'un seul État membre. En outre, de façon plus générale, il est préférable, dans le cadre de fonctionnement d'un système international de compétence, comme c'est le cas du RBI *bis*, de retenir des définitions autonomes des notions employées dans des règles de compétence communes, sans se référer à celles des ordres juridiques nationaux, afin d'assurer l'uniformité d'application du texte international.

Ainsi que le relève F. Mailhé[847], un système international de compétence, issu d'une négociation entre des juristes de traditions juridiques différentes, prévoit des règles qui utilisent des concepts nécessairement connus des traditions juridiques impliquées mais souvent différents selon les ordres juridiques. Par conséquent, dans la mesure où la question de compétence peut être traitée par n'importe quelle juridiction nationale, celle-ci peut interpréter la règle d'une manière différente d'une autre juridiction. L'interprétation autonome des notions employées dans les règles de compétence communes semble alors nécessaire, afin de garantir l'uniformité du système international de compétence.

Dans la quête d'une interprétation uniforme de siège social au sens de l'article 24 §2 RBI *bis* (§3), il faudra prendre en considération d'une part la jurisprudence européenne adoptée en matière de liberté d'établissement (§1) et d'autre part l'approche retenue par la doctrine concernant l'harmonisation de la loi applicable en matière de sociétés (§2).

[847] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, *op. cit.*, n° 567 et s..

§1 La jurisprudence européenne adoptée en matière de liberté d'établissement : l'orientation vers un rattachement de principe par le siège statutaire

498. ***La prédominance du rattachement par le siège statutaire***. Il est vrai que la jurisprudence européenne établie dans le cadre de la liberté d'établissement ne concerne pas directement l'article 24 §2 RBI *bis* mais elle pourrait faire évoluer le droit international privé des États membres en matière de rattachement des sociétés. En effet, elle a été interprétée comme consacrant la prééminence du rattachement par le siège statutaire en droit des sociétés.

Nous allons, alors, étudier la consécration en matière d'établissement de la prédominance du siège statutaire dans la trilogie jurisprudentielle *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* (I), même si la CJUE a, par la suite, rappelé la survivance de la théorie du siège réel en matière de rattachement des sociétés et surtout en matière de transfert du siège réel (II). Il est aussi intéressant de mentionner la libéralisation de la jurisprudence européenne en matière de transfert du siège statutaire, dans le but d'encourager la mobilité juridique des sociétés et le changement de la *lex societatis* (III). Cependant, malgré cette incitation à la mobilité des sociétés, il convient de souligner la possibilité pour le juge du siège réel d'intervenir en matière d'insolvabilité afin de réglementer l'activité locale de la société constituée à l'étranger (IV).

I. La consécration en matière d'établissement de la prédominance du siège statutaire

499. Avant d'examiner les arrêts *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* dans lesquels la Cour de justice a affirmé la prééminence du rattachement par le siège statutaire (B), il convient de rappeler l'arrêt *Daily Mail* qui a souligné la nécessité de respecter la disparité des législations nationales en matière de rattachement des sociétés (A).

A. Le respect de la disparité des législations nationales en matière de rattachement des sociétés énoncé dans l'arrêt Daily Mail

500. ***L'affaire Daily Mail***. Initialement, la Cour de justice a reconnu, dans son arrêt *Daily Mail*[848], que les législations des États membres diffèrent largement en ce qui concerne le lien

[848] CJCE 27 sept. 1988, *Daily Mail*, aff. C-81/87, *RTDE* 1989, p. 260, obs. CARTOU ; *JDI* 1989, p. 429, note BOUTARD-LABARDE, *RTD europ*. 1990, pp. 229-239, note. Y. LOUSSOUARN ; v. aussi *Rev. crit. DIP* 2003, p. 373, note T. BALLARINO.

de rattachement exigé en vue de la constitution d'une société ainsi que les modalités d'un transfert du siège, statutaire ou réel, d'une société de droit national d'un État membre à l'autre.

Elle a souligné, dans ce cadre, que le droit européen a tenu compte de cette disparité des législations nationales, *« le traité [de Rome] a mis sur le même pied le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement d'une société en tant que lien de rattachement »* (point 21). L'article 58 du traité de Rome, repris à l'article 54 TFUE, prévoit que bénéficient de la liberté d'établissement *« les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union »*. Dans sa décision *Daily Mail*, la Cour de justice a limité la possibilité pour une société constituée dans un État membre de transférer son siège réel dans un autre pays de l'Union du fait de législations internes restrictives de l'État de constitution.

B. La trilogie jurisprudentielle Centros, Überseering, Inspire Art : la libéralisation de la jurisprudence

501. ***L'affaire Centros***. Toutefois, la position de la CJUE s'est ensuite largement libéralisée, dans sa trilogie jurisprudentielle célèbre *Centros, Überseering, Inspire Art*[849], dans laquelle la Cour de justice a consacré en matière d'établissement la prédominance du siège statutaire. Elle a jugé, dans l'affaire *Centros*, que constituait une entrave injustifiée à la liberté d'établissement le refus des autorités danoises d'immatriculer une succursale d'une société incorporée en Angleterre mais dont l'intégralité de ses activités étaient exercées au Danemark à travers la succursale. En d'autres termes, l'État membre d'accueil ne peut pas s'opposer aux activités d'une société constituée dans un État membre, même si la constitution de cette dernière avait pour seul but de bénéficier d'une législation plus favorable que celle de l'État d'accueil où est situé le siège réel[850]. En l'espèce, la loi anglaise relative à la libération du capital social minimum était plus avantageuse que la loi danoise.

---

[849] CJCE 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *D.* 1999, *Cahier droit des affaires*, juris., p. 550, note M. MENJUCQ ; *JCP E* 1999, p. 1285, obs. Y. REINHARD ; *JDI 2000*, p. 484, obs. M. LUBY ; CJCE 5 nov. 2002 *Überseering*, aff. C-208/00, *JCP E* 2003, n° 448, note M. MENJUCQ, *Europe* 2003, comm. n° 19 L. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508, note P. LAGARDE ; CJCE 30 sept. 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *D.* 2004, p. 491, note E. PATAUT ; *JDI* 2/2004, note M. MENJUCQ.

[850] Certains auteurs allemands s'étaient demandé si l'arrêt *Centros* ne se limitait pas à l'hypothèse où l'État de constitution de la société et l'État d'établissement étaient des États suivant le système de l'incorporation. Si, au contraire, le for de raisonnement suit la théorie du siège réel, la société n'existe pas pour la loi du pays d'accueil et la question de la succursale ne devrait pas se poser (v. P. LAGARDE, « Liberté d'établissement et reconnaissance

502. ***Le libre choix de la loi applicable à la société***. La Cour de justice a, ainsi, reconnu le droit pour les fondateurs de choisir librement la loi applicable à leur société, étant donné que l'immatriculation d'une société dans un État membre rend la loi de cet État compétente afin de régir la constitution, le fonctionnement et la dissolution de cette société. *« En l'absence d'harmonisation communautaire complète du droit des sociétés des États membres, la faculté de choisir la loi applicable aboutit à une recherche des lois nationales les plus accommodantes, qualifiée de « law shopping ». (...) Un « effet Delaware » est ainsi favorisé par la CJCE qui paraît vouloir susciter une convergence des droits nationaux par la concurrence »*[851]. Selon la Cour, le fait de constituer une société dans un État membre et d'accomplir l'activité sociale dans un autre par l'intermédiaire de succursales ne constitue pas en soi un usage abusif du droit d'établissement, même si le choix du pays d'immatriculation conduit inévitablement à éluder l'application de la loi de l'État du siège réel[852].

503. ***La réserve de la fraude***. Cependant, la Cour de justice a affirmé, dans son arrêt *Centros*, que l'impossibilité pour un État membre de refuser l'immatriculation d'une succursale n'exclut pas que cet État puisse *« prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, le cas échéant en coopération avec l'État membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés qui chercheraient à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics »* (point 38 de l'arrêt). Comme l'a justement fait observer M. Menjucq[853], la Cour a semblé admettre l'existence d'un principe général de la fraude en droit de l'Union, malgré le fait que la fraude n'a pas reçu application en

---

mutuelle des sociétés », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508 ; J.-H. SONNENBERGER et H. GROßERICHTER, « Konfliktlinien zwischen internationalen Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit », *RIW* 1999.721 et s., 722). Cependant, cette approche n'a pas été suivie par la Cour de justice, car, comme nous allons le voir, dans l'affaire *Überseering*, l'État d'établissement était l'Allemagne, un État qui adopte la théorie du siège réel. En outre, cette approche n'est pas compatible avec l'uniformité du droit européen, dans la mesure où la même situation juridique devrait donner lieu à des conséquences différentes selon que l'État membre d'accueil suit la théorie de l'incorporation ou la théorie du siège réel (W-H. ROTH, « From Centros to Überseering : free movement of companies, private international law and community law », *Int. Comp. Law Q*, 2003).

[851] M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *D.* 1999 p. 550. Selon l'auteur, ce choix de loi semble ne pas pouvoir être restreint par la considération d'éléments objectifs tenant à l'effectivité du siège social ou à la localisation de l'activité sociale, puisque le raisonnement des autorités danoises était implicitement fondé sur la fictivité du rattachement de la société Centros au Royaume-Uni, où elle n'exerçait aucune activité. V. aussi M. MENJUCQ, « Société », *JDI Clunet* n° 3, juillet 2004.

[852] La Cour de justice a précisé, en l'espèce, que le refus d'immatriculation de la succursale, préconisé par la loi danoise, n'était pas justifié par la nécessité de protéger les créanciers à travers les règles relatives à la libération du capital social minimum. La protection des créanciers n'est pas atteinte, puisque si la société concernée avait son activité au Royaume-Uni, sa succursale aurait été immatriculée au Danemark, alors même que les créanciers danois auraient pu être tout autant fragilisés (point 35). Selon la Cour de justice, la soumission d'une société à une loi étrangère n'est pas en soi préjudiciable pour les créanciers locaux dans la mesure où ils en sont informés.

[853] M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *op. cit.*.

l'espèce. En effet, la lutte contre la fraude ne justifie pas, selon elle, le refus d'immatriculer la succursale d'une société dont le siège est dans un autre État membre.

La notion de fraude a été reprise dans sa double dimension de fraude à la loi et de fraude aux droits des tiers. D'une part, en évoquant les mesures sanctionnant la société elle-même en coopération avec l'État membre de constitution, la Cour a implicitement fait référence à l'hypothèse où la loi nationale impérative a été éludée, puisque la coopération entre l'État d'implantation de la succursale et l'État de constitution ne peut être envisagée que dans ce cas. D'autre part, les mesures sanctionnant les associés cherchant à échapper à leurs obligations à l'égard des créanciers locaux par la constitution d'une société font allusion à la fraude aux droits des tiers.

504. Il convient, toutefois, de souligner que le régime et le domaine d'application de la fraude n'ont pas été précisés. Selon M. Menjucq, la distinction qu'a établi la Cour de justice entre les sanctions visant la société et celles atteignant les associés donne à penser que la seule sanction envisageable à l'encontre de la société est son annulation, alors que la sanction des associés en cas de fraude aux droits des créanciers de l'État du siège réel devrait logiquement être l'inopposabilité de la société[854].

Concernant la nullité de la société pour fraude, l'auteur a remarqué que *« l'existence d'un registre communautaire des sociétés qui avait été envisagée lors des premiers projets de sociétés européennes faciliterait grandement l'exercice d'une telle sanction puisqu'il suffirait aux juridictions nationales de saisir du problème l'autorité tenant le registre communautaire. (…) Un tel registre communautaire alimenté par les registres nationaux ne saurait concerner que les sociétés ayant des établissements dans plusieurs États membres »*[855].

---

[854] *Ibid*.

[855] *Ibid*. M. Menjucq a aussi noté que la nullité d'une société pour fraude n'est pas prévue par l'article 11 de la directive 68/151/CE du 9 mars 1968 relative à la publicité, aux engagements sociaux et à la nullité des sociétés, qui fait une énumération limitative des causes de nullité, interprétées de façon restrictive par la Cour de justice dans l'arrêt *Marleasing* (CJCE, 13 nov. 1990, *JCP* 1991, II, n° 21658, note P. LEVEL ; *Rev. sociétés* 1991, p. 532, note Y. CHAPUT ; *RTD com*. 1991, p. 68, obs. C. CHAMPAUD) – la directive 68/151 est aujourd'hui codifiée à la directive 2009/101. Pourtant, dès lors que la fraude est admise comme un principe du droit de l'Union, elle a vocation à compléter les dispositions communautaires, même si elle n'est pas expressément énoncée par les textes en cause et finalement à modifier la portée de l'article 11 en constituant le fondement d'un cas de nullité non énuméré. La solution retenue dans l'arrêt *Centros* apparaissait, ainsi, valider en droit des sociétés la nullité d'une société pour fraude comme l'avait accepté la Cour de cassation française (Cass. com., 28 janv. 1992, *Demuth, Bull. Joly* 1992, p. 419, note P. LE CANNU ; *Dr. sociétés* 1992, n° 75, obs. T. BONNEAU).

Un tel mécanisme de coopération transfrontalière entre les registres nationaux du commerce et des sociétés a été mis en place par la directive 2012/17/UE du 13 juin 2012 relative à l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés, qui vise à améliorer l'accès à des informations sur les sociétés en imposant aux États membres de relier électroniquement leurs registres du commerce et de mettre à disposition les actes et indications inscrits dans ces registres.

505. ***L'affaiblissement du critère de siège réel : l'affaire Überseering***. La Cour de justice a affaibli davantage le critère de siège réel en tant que rattachement en matière de sociétés dans l'arrêt *Überseering*, dans lequel elle a condamné le refus d'un État membre d'admettre la capacité juridique d'une société légalement constituée dans un autre État membre parce qu'elle était réputée selon le droit du premier y avoir transféré son siège effectif. En l'espèce, les parts de la société Überseering constituée aux Pays-Bas ont été cédées à deux ressortissants allemands résidant en Allemagne[856].

Les juges allemands, estimant que la cession des parts correspondait à un transfert du siège effectif, ont considéré que la société ne pouvait pas ester en justice, car la capacité juridique d'une société s'appréciait conformément à la loi du siège réel – à la loi allemande en l'espèce, qui requiert, à peine de refuser toute capacité juridique à la société, que le siège effectif se situe dans l'État d'immatriculation. Il convient de rappeler qu'en matière de personnalité morale des sociétés, les droits des États membres adoptent soit le système d'incorporation rattachant juridiquement la société à l'État d'immatriculation, soit le système du siège réel qui ne tolère pas la dissociation des sièges statutaire et réel. Le droit français recourt à un système intermédiaire, puisque, concernant la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés, il prend en considération le siège réel lorsqu'il révèle une fraude.

[856] La situation en l'espèce se distinguait de celle en cause dans l'arrêt *Daily Mail*, lequel portait sur un véritable transfert de siège réel dans un autre pays membre alors que dans l'affaire *Überseering*, la société néerlandaise n'a pas décidé de transférer son siège, c'est en raison de la cession de la totalité des parts sociales aux ressortissants allemands qu'au sens du droit allemand la société était réputée avoir transféré son siège effectif en Allemagne. Il est intéressant de noter, comme le relève C. Kleiner, que c'est la loi de l'État de départ qui gouverne la qualification du transfert ; la Cour de justice a rattaché la qualification de l'opération de transfert à la loi d'origine de la société, en l'espèce la loi néerlandaise, qui ne voyait pas dans cette opération un transfert de siège (point 70 de l'arrêt *Überseering*), v. C. KLEINER, « Le transfert de siège social en droit international privé », n° 23, *JDI* n° 2, avril 2010, 4. En outre, l'arrêt *Daily Mail* s'est prononcée sur la conformité au droit de l'Union des restrictions à l'opération du transfert venant de la loi de l'État de constitution alors que la question posée dans l'arrêt *Überseering* concerne la législation de l'État dans lequel la société est réputée avoir transféré son siège effectif.

506. Selon la Cour, le refus par le droit allemand de reconnaître la capacité juridique d'une société créée en conformité avec la loi néerlandaise constituait une restriction non justifiée à la liberté d'établissement. Même si des raisons impérieuses d'intérêt général tenant à la protection des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou encore du fisc peuvent justifier des entraves à la liberté d'établissement, elles ne justifient pas le refus de reconnaître la capacité juridique d'une société légalement constituée dans un autre État membre. La Cour de justice énonce clairement que cette sanction de la dissociation des sièges statutaire et réel qui est déduite de la théorie du siège réel n'est pas compatible avec le principe de la liberté d'établissement ; elle retient, ainsi, sans aucune réserve la théorie de l'incorporation[857].

Il est vrai que cette approche apparaît conforme à la réalité, dans la mesure où *« au sein d'un marché européen unifié, il est de moins en moins cohérent d'exiger d'une société qu'elle soit dirigée impérativement depuis l'État d'immatriculation. (…) Il est de plus en plus difficile de localiser la direction effective d'une société dans une économie internationale et informatisée dans laquelle il est superflu que les dirigeants soient physiquement présents lors de la réunion des organes sociaux »*[858].

507. ***L'absence problématique de la réserve de la fraude***. Néanmoins, comme le précise à juste titre M. Menjucq, *« cette jurisprudence n'appellerait pas de critique si elle réservait l'exception de la fraude »*[859]. En effet, il serait préférable que la Cour de justice, en se ralliant à la théorie de l'incorporation, adopte une solution intermédiaire permettant à l'État membre du siège réel de refuser d'admettre la capacité juridique d'une société lorsque la disparité des sièges statutaire et réel répondrait à un objectif exclusif de fraude ou porterait atteinte à des raisons

---

[857] L'Allemagne, pays adepte à la théorie du siège réel, a modifié son point de vue suite à la jurisprudence *Überseering*. La Cour fédérale de justice applique la loi de l'immatriculation aux sociétés étrangères constituées dans un État membre de l'Union ; elle continue, toutefois, à appliquer la théorie du siège réel, avec des conséquences cependant modifiées, aux sociétés originaires d'un État tiers. Le rattachement germanique par le siège a pour conséquence qu'une société immatriculée dans un pays tiers, mais ayant son siège réel en Allemagne, est requalifiée en société de droit local ; sa personnalité juridique est reconnue, mais il s'en suit un risque de responsabilité personnelle et illimitée des associés. V. L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 240 ; M.-P. WELLER, « Internationales Gesellschaftsrecht », dans Münchener Kommentar, GmbHG, vol. 1, 3e édition, 2017, Einl. no 326, 355, 371.

[858] M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés : du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *JCP E*, n° 12, mars 2003, 448. L'auteur constate que la solution adoptée dans l'arrêt *Überseering* semble paradoxale, puisque le règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001 portant statut de la société européenne avait consacré au contraire la théorie du siège réel en imposant que le siège statutaire et l'administration centrale de la société européenne se situent toujours dans le même État membre. L'explication de ce paradoxe réside dans le fait que le règlement 2157/2001 est le fruit d'une très longue évolution et constitue un texte de compromis (v. sur ce point, M. MENJUCQ, « Rattachement de la société européenne et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ? », *D.* 2003, p. 2874).

[859] *Ibid*.

impérieuses d'intérêt général. L'arrêt *Überseering* semble être en retrait par rapport à l'arrêt *Centros*, dans lequel la Cour de justice a instauré un garde-fou, en admettant l'hypothèse de la fraude.

Enfin, la décision *Überseering* contient aussi un autre élément important, puisque la Cour non seulement a condamné le refus du droit allemand de reconnaître la capacité d'ester en justice de la société hollandaise, mais elle a également affirmé l'obligation de l'État du siège réel de respecter la capacité juridique que la société possède en vertu du droit de son État de constitution (point 95 de l'arrêt). Cette affirmation pourrait être interprétée de deux manières : soit elle signifie que la capacité juridique s'apprécie au regard de la loi de l'État membre de constitution sans empêcher l'État membre du siège réel d'appliquer partiellement sa loi à la société concernée dès lors que cette application n'entrave pas l'exercice de la liberté d'établissement ; soit elle impose à l'État du siège effectif de respecter la loi de l'État d'immatriculation en lui interdisant d'appliquer même partiellement ses règles nationales du droit des sociétés.

La première interprétation est préférable[860], car, en l'absence d'harmonisation européenne, il n'incombe pas à la Cour de justice de se prononcer sur les règles des États membres relatives à la loi applicable aux sociétés. Il faut laisser aux États membres la possibilité d'assurer la protection des tiers et lutter contre la fraude par l'application de la loi de l'État du siège réel soit, en vertu d'une règle de conflit de lois, soit à titre de loi de police[861].

508. ***La solution contestable retenue dans l'arrêt Inspire Art***. Cependant, la CJUE est venue préciser dans son arrêt *Inspire Art* que l'application des règles impératives de l'État membre du siège réel à une société constituée dans un autre État membre représente une entrave non justifiée à la liberté d'établissement. L'affaire portait, en l'espèce, sur la loi néerlandaise sur les *pseudo-foreign companies* qui soumet à ses règles impératives relatives au capital social

[860] V. en ce sens, M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés : du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *op. cit.*.

[861] M. Menjucq a précisé que les hypothèses d'application du droit local des sociétés en vertu du critère du siège réel ne sont pas rares. En droit français, la règle de conflit de lois énoncée par les articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce prévoit que les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire mais que celui-ci ne leur est pas opposable si le siège réel est situé en un autre lieu. Le droit néerlandais prend aussi en compte le siège réel depuis la loi du 17 décembre 1997 relative aux « *pseudo-foreign companies* » en soumettant à ses règles impératives relatives au capital social et à la protection des tiers, les sociétés immatriculées dans un autre État mais qui exercent la totalité de leur activité sociale aux Pays-Bas et y ont leur siège réel (MENJUCQ, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés : du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *op. cit.*.).

et à la protection des tiers, les sociétés constituées dans un autre État mais qui exercent la totalité de leur activité sociale aux Pays-Bas.

Il s'agit d'une solution contestable, dans la mesure où la dissociation entre le siège statutaire et réel ne peut être sanctionnée ou limitée de quelque manière que ce soit, alors que le mécanisme des lois de police semblait approprié pour concilier la liberté pour les fondateurs de choisir l'État membre d'immatriculation de leur société et par conséquent, la loi la régissant et la nécessité de protéger certains intérêts dans l'État où est situé le siège réel de la société.

Selon la Cour, toute restriction nationale est qualifiée d'entrave à la liberté d'établissement ; toutefois, *« l'application de certaines dispositions locales à titre de loi de police telles que l'exigence d'un capital minimum sanctionnée par la responsabilité solidaire des administrateurs ne semblait pas présenter les mêmes défauts [que les restrictions nationales en cause dans les arrêts Centros et Überseering] puisqu'elle n'empêchait nullement l'exercice de l'activité de la société constituée dans un autre État »*[862]. En outre, la protection des créanciers invoquée par les autorités hollandaises ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général justifiant l'application de la loi néerlandaise ; la Cour a estimé que les créanciers disposaient d'une information suffisante sur l'application à la société d'une loi étrangère.

509. Il n'est pas sûr que la position de la CJUE aurait été la même, si l'État du siège réel voulait imposer aux sociétés ses règles relatives à la protection des travailleurs ou des associés minoritaires. Comme le relève P. Lagarde, en matière sociale, *« un rattachement spécial à la loi de l'État d'établissement, qui est aussi celui où la société exerce ses fonctions d'employeur, paraît tout à fait possible, à la manière de la solution française issue de l'arrêt Compagnie internationale des wagons-lits »*[863].

Selon certains auteurs, la solution retenue par la Cour de justice laisse entendre que l'application ponctuelle de la loi locale aux sociétés étrangères y étant établies n'est pas

[862] M. MENJUCQ, « Société », *op. cit.*. ; E. PATAUT, « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *D.* 2004, p. 491. Comme le relève à juste titre E. Pataut, *« dans l'arrêt Centros (comme dans l'arrêt Überseering), la réaction de l'ordre juridique d'accueil consistait à nier la personnalité morale de la société, celle de l'ordre juridique néerlandais dans l'affaire Inspire Art consistait à soumettre la société - dont l'existence même n'était pas en cause - à des dispositions légales particulières, dont l'applicabilité était justifiée par des considérations de protection des tiers. L'applicabilité de la loi du for, ici beaucoup plus limitée et justifiée par des impératifs d'intérêts généraux, semblait nettement moins perturbatrice de la liberté d'établissement ».*
[863] P. LAGARDE, « Liberté d'établissement et reconnaissance mutuelle des sociétés », *op. cit.*.

forcément exclue. La Cour *« préconisait seulement une délimitation stricte des mesures protectrices des créanciers et du commerce local, ce qui se traduisait par un test resserré de l'adéquation et de la proportionnalité des mesures étatiques restrictives de liberté. (…) une protection adéquate des créanciers devait se concevoir de manière curative et non préventive, c'est-à-dire que l'intervention du droit local ne devait s'opérer qu'une fois les méfaits constatés »*[864].

510. ***La réserve de la fraude vidée de sa substance***. Il convient aussi de remarquer que l'arrêt *Inspire Art*, comme la décision *Centros*, réserve l'hypothèse de fraude et d'abus, en énonçant que *« les raisons pour lesquelles une société choisit de se constituer dans un État membre sont, hors le cas de fraude, sans conséquence au regard de l'application des règles relatives à la liberté d'établissement »* (point 95 de l'arrêt) et qu'une société ne peut pas être privée du droit d'établissement, *« sauf à établir au cas par cas l'existence d'un abus »* (point 105 de l'arrêt).

Cependant, cette réserve est vidée pratiquement de sa substance dès lors que le choix de l'État de constitution par les fondateurs dans le but exclusif de se soustraire aux dispositions de la loi du pays d'accueil du siège réel *« ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux »* (point 139 de l'arrêt) [865]. Or, une éventuelle fraude à la loi consiste précisément à évincer l'application de la loi de l'État du siège réel sous l'empire de laquelle la société aurait dû être constituée. En d'autres termes, la fraude consiste à rattacher la société à un État auquel ne la relie aucun lien effectif, et ce afin de la soustraire à la loi applicable dans l'État auquel elle développe la totalité de son activité. Afin de lutter contre une telle

[864] L. D'AVOUT, « Suites de la jurisprudence *Centros* : les sociétés *off shore* rattrapées par le droit local de l'insolvabilité », *JCP G* n° 11, mars 2016, 304 ; T. MASTRULLO, « Champ d'application matériel : première rencontre entre le droit européen des procédures d'insolvabilité et le droit d'établissement des sociétés », *Revue des procédures collectives* n° 6, Novembre 2016, comm. 171. Nous allons voir que la matière d'insolvabilité constitue le cadre privilégié de sanction des dissociations fictives des sièges statutaire et réel, en la personne des fondateurs de la société.

[865] M. Menjucq a observé que l'interprétation du droit français doit être adaptée afin d'être conforme à la jurisprudence communautaire. La règle de conflit de lois énoncée par les articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce prévoit que les tiers peuvent se prévaloir de la loi de l'État du siège réel en cas de dissociation entre les sièges statutaire et réel. L'application des règles de l'État d'accueil à l'initiative des tiers doit être envisagée seulement dans le cas d'abus ou de fraude. En d'autres termes, lorsque la société a été constituée dans un autre État membre et a son siège réel en France, les tiers ne peuvent invoquer la loi française que dans le cas où une fraude à leurs droits a été réalisée par la société. Cette interprétation a été aussi retenue par H. Synvet (H. SYNVET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse Rennes, 1979, p. 94 et s.) qui considère que ces articles affirment que le critère de rattachement de principe est le siège statutaire, le siège réel ne peut intervenir qu'en cas de fraude (v. M. MENJUCQ, « Société », *op. cit.*).

incorporation fictive, le mécanisme de la fraude apparaît adéquat permettant l'éviction de la loi étrangère et l'application de la loi du for.

511. Ainsi que le constate E. Pataut, les éléments constitutifs de la fraude à la loi sont bien présents, à savoir *« la manipulation du critère de rattachement, conduisant à l'applicabilité d'une autre loi et justifiée par la volonté d'échapper à l'application des dispositions de la loi évincée »*[866]. Pourtant, l'analyse menée par la Cour de justice empêche d'établir l'élément légal de la fraude, dans la mesure où le fait d'incorporer une société dans un État membre dans lequel elle n'a aucune activité, dans le but d'échapper à l'application de la loi d'un autre État membre dans lequel se déroule l'intégralité de l'activité de la société, ne constitue pas une fraude.

Il faudrait peut-être recourir à une fraude spécifiquement communautaire qui *« serait ici proche de l'abus de droit et il ne s'agirait pas tant de lutter contre l'éviction frauduleuse de la compétence d'une loi nationale, que d'éviter l'utilisation abusive d'un droit subjectif reconnu par le droit communautaire, soit le droit d'établissement »*[867]. Une telle approche, n'est, toutefois, pas dénuée d'inconvénients, puisque la sanction de cet abus est renvoyée au droit national ; or, deux lois nationales sont potentiellement applicables, à savoir la loi de l'État de constitution et la loi de l'État d'accueil.

Il ressort de cette jurisprudence européenne que la théorie du siège réel, sans être contraire au droit d'établissement communautaire – dans la mesure où l'article 54 TFUE fait de l'administration centrale l'un des critères alternatifs du rattachement des sociétés à un État membre pour le bénéfice de la liberté d'établissement – voit sa portée limitée. Elle est, néanmoins, maintenue en matière de rattachement des sociétés.

II. La survivance de la théorie du siège réel malgré son affaiblissement

512. ***L'affaire Cartesio***. Il convient de mentionner à cet égard, l'arrêt *Cartesio*[868], dans lequel la Cour de justice, en se référant à l'arrêt *Daily Mail*, a rappelé qu'en l'absence d'uniformisation du droit de l'Union, le rattachement des sociétés à un État relève de la compétence de chaque État membre et que l'État membre d'origine peut conditionner ou

[866] E. PATAUT, « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *op cit*..
[867] *Ibid*.
[868] CJCE, Gde Ch., 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aff. C-210/96, *Gaz. Pal*. 22-24 mars 2009, p. 12 et s., note T. MASTRULLO ; *JCP G* 2009, II, 10027, note M. MENJUCQ.

empêcher le transfert du siège réel d'une société, constituée en vertu de son droit national, dans un autre État membre.

Autrement dit, un État membre, adepte à la théorie du siège réel, peut toujours exiger d'une société constituée sur son territoire qu'elle y localise son siège réel. Dans ce cas, la société soumise à la loi de l'État de constitution doit éviter toute dissociation des sièges statutaire et réel, sinon elle perdra aux yeux de cette loi sa personnalité juridique. La validité et les conditions de l'opération du transfert relèvent alors de la loi du pays d'origine. Dans les trois affaires *Centros, Überseering et Inspire Art*, l'État d'origine adoptait la théorie de l'incorporation et le risque d'une disparition de la personnalité de la société en raison du transfert de son siège réel était inexistant.

513. ***Une solution en faveur des États membres adeptes à la théorie de l'incorporation***. Même si la théorie du siège réel n'est pas condamnée en matière de rattachement des sociétés[869], il faut remarquer que cette solution joue en faveur des États membres adoptant le critère du siège statutaire, dans la mesure où les sociétés constituées dans un tel État peuvent librement transférer leur siège réel dans un autre État membre, sans y subir de restrictions concernant leur capacité juridique ou la loi qui leur est applicable. En revanche, les sociétés qui se créent dans un État membre recourant à la théorie du siège réel, risquent de perdre leur personnalité juridique en cas de dissociation des sièges statutaire et réel en raison des contraintes de la loi de l'État membre d'origine. Comme le souligne P. Lagarde, *« reste à ces États [adoptant la théorie du siège réel] à examiner pour leur propre compte si cette survivance de la théorie du siège réel ne risque pas de pénaliser leurs propres entreprises au bénéfice des sociétés constituées dans des États suivant la théorie de l'incorporation »*[870].

[869] Certains auteurs allemands ont préconisé une condamnation plus générale de la théorie du siège réel, en estimant que l'État d'origine de la société ne doit pas l'empêcher d'exercer sa liberté d'établissement en transférant son siège réel à l'étranger, ni le priver en ce cas de sa personnalité juridique, l'obligeant à se transformer en une société de l'État d'accueil (E. WYMEERSCH, « The transfer of the company's seat in European Company Law », *Common Market Law Review*, vol. 40 (2003), p. 663-695 ; W.-H. ROTH, « Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering », *IPRax* 2003.117 et s., 121). E.-M. Kieninger avait proposé de résoudre ce problème par le mécanisme du renvoi, c'est-à-dire dans le cas de transfert du siège réel de l'État de constitution, supposé être un État de siège réel vers un autre État membre, la règle de conflit de l'État d'origine soumettrait la capacité de cette société à la loi du nouveau siège réel, mais que celle-ci, conformément à la théorie de l'incorporation, renverrait à la loi de l'État de constitution (E.-M. KIENINGER, « Das Internationale Gesellschaftsrecht nach Überseering », leçon inaugurale prononcée le 11 juin 2003 dans la chaire de droit international privé et de droit européen de la Faculté de droit de Würzburg). Toutefois, cette solution ne paraît pas convaincante (v. P. LAGARDE, « Liberté d'établissement et reconnaissance mutuelle des sociétés », *op. cit.*).

[870] P. LAGARDE, « Liberté d'établissement et reconnaissance mutuelle des sociétés », *op. cit.*.

514. ***L'hypothèse du transfert du siège statutaire***. Il est, par ailleurs, intéressant de noter que l'arrêt *Cartesio* apporte également une autre précision par voie d'*obiter dictum*, en affirmant que si le transfert de siège social provoque le changement de la loi applicable à la société, l'opération constitue une modalité de la liberté d'établissement et l'État membre d'origine ne peut pas s'y opposer, sauf raison impérieuse d'intérêt général, dès lors que cette opération est admise par l'État membre d'accueil (point 113 de l'arrêt)[871].

L'hypothèse principalement visée est celle du transfert du siège statutaire, car ainsi que le note T. Mastrullo, *« le déplacement de celui-ci, dont la fixation est intimement liée à la constitution du groupement, est presque toujours synonyme de changement de droit national applicable pour la société, contrairement au transfert de son siège réel qui n'emporte pas systématiquement des conséquences juridiques pour elle, notamment lorsque le pays qui l'a créée est partisan du rattachement par l'incorporation ou par le siège statutaire »*[872]. L'État membre d'origine ne peut pas constituer une « prison juridique »[873] pour la société qui est créée sur son territoire conformément à sa loi, en l'obligeant à rester définitivement soumise à cette dernière.

515. ***La mobilité des sociétés et le changement de la lex societatis encouragés***. Cette précision relativement au transfert du siège statutaire encourage la mobilité juridique des sociétés nationales au sein de l'Union et favorise la modification de la *lex societatis* en cours de vie sociale, suivant la volonté des fondateurs. Il faut, néanmoins, remarquer qu'elle crée aussi une situation favorable pour les États adoptant l'incorporation, car si une société constituée dans un État membre où elle exerce aussi son activité, souhaite transférer son siège statutaire dans un autre État membre, en conservant son centre effectif dans le pays d'origine, elle a intérêt à le transférer dans un État membre partisan de la théorie de l'incorporation, qui accepte la disparité entre sièges statuaire et réel.

---

[871] La CJUE analyse l'opération de transfert du siège statutaire comme une transformation en une société d'un autre État membre relevant de la liberté d'établissement, comme l'avait rappelé dans l'arrêt *Sevic* (CJCE, Gde. Ch., 13 déc. 2005, aff. C-411/03, *Sevic System AG*, *JCP G* 2006, II, 10077, note R. DAMMANN) selon lequel à « l'instar de la transformation », la fusion transfrontalière devait être considérée comme une modalité de la liberté d'établissement (v. M. MENJUCQ, « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *JCP G* n° 7, février 2009, II 10027).

[872] T. MASTRULLO, « Jurisprudence – Communautés européennes », *Gaz. Pal.*, 24 mars 2009 n° 83, p. 12.

[873] *Ibid*.

III. La libéralisation de la jurisprudence européenne en matière de transfert du siège statutaire

516. ***L'arrêt Polbud***. La Cour de justice a procédé à la libéralisation de sa jurisprudence en matière de transfert du siège statutaire, puisque dans son arrêt *Polbud*[874] elle a admis qu'un tel transfert sans déplacement du siège réel relève de la liberté d'établissement, alors que selon ses arrêts précédents *Cadbury Schweppes*[875] et *VALE Építési*[876] cette opération de transfert supposait une implantation réelle de la société dans l'État membre d'accueil, afin qu'elle puisse relever de la liberté d'établissement. En l'absence de l'exercice effectif d'une activité économique dans le pays d'arrivée, l'opération du transfert ne relevait pas de la liberté d'établissement et toutes mesures nationales restrictives ou prohibitives de l'État d'origine pouvaient lui être appliquées.

517. Toutefois, l'arrêt *Polbud* affirme qu'une société peut se transformer, par transfert de son siège statutaire sans déplacer son siège réel, en une société d'un État membre d'accueil, même si l'ensemble des activités économiques serait exercé dans l'État membre d'origine (point 38)[877]. Le fait de constituer le siège statutaire ou réel d'une société en conformité avec la législation d'un État membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse n'est pas constitutif en soi d'abus (point 40).

Ainsi, le pays d'origine ne peut pas s'opposer au transfert du siège statutaire, sauf raison impérieuse d'intérêt général. Mais, en l'espèce la disposition de l'État de départ trop générale, exigeant la dissolution suivie d'une liquidation de la société, était considérée comme une

---

[874] CJUE, 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*, *D.* 2017, p. 2512, note L. D'AVOUT ; *JCP E* 2017, 1014, note M. MENJUCQ ; *Bull. Joly Sociétés*, 2018, p. 19, note T. MASTRULLO ; *Rev. Europe*, 2017, p. 462, note D. Simon.
[875] CJCE 12 sept. 2006, *Cadbury Schweppes*, aff. C-196/04, *D.* 2007, p. 2562, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE.
[876] CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *VALE Építési kft*, *JCP E* 2012, 1547, note Th. MASTRULLO ; *JCP G* 2012, 1089, note M. MENJUCQ ; *Bull. Joly* 2012, p. 735, note R. DAMMANN. V. aussi CJUE, 21 déc. 2016, aff. C201/15, *AGET Iraklis*, *Europe* 2017, comm. 81, obs. L. DRIGUEZ. Dans l'arrêt *VALE Építési*, la Cour de justice a aussi précisé que la liberté d'établissement est opposable à l'État membre d'accueil du siège sociale ; elle s'oppose à une législation nationale qui, tout en admettant les opérations de transformations internes des sociétés domestiques, empêche la transformation transfrontalière en société relevant de son propre droit national d'une société créée dans un autre État membre.
[877] Comme le relève L. d'Avout (L. D'AVOUT, « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *D.* 2017, p. 2512), la CJUE dans son arrêt *Polbud* a caché une dimension essentielle de son arrêt *VALE Építési*, à savoir la très ancienne et très classique limite anti-fraude : *« s'agissant de l'existence d'une restriction à la liberté d'établissement, il convient de rappeler que la notion d'établissement, au sens des dispositions du traité..., implique l'exercice d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans l'État membre d'accueil pour une durée indéterminée. Elle suppose, par conséquence, une implantation réelle de la société concernée dans cet État et l'exercice d'une activité économique effective dans celui-ci »* (point 34 de l'arrêt *VALE Építési*, v. aussi point 54 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*, *op. cit*.).

entrave à la liberté d'établissement constitutive d'une présomption de fraude ou d'abus disproportionnée au regard de l'objectif de protection des créanciers, actionnaires minoritaires et salariés. Autrement dit, la mesure nationale soumettait de manière générale tout transfert de siège à une obligation de liquidation, indépendamment de tout *« risque réel d'atteinte portée aux intérêts »* des tiers et *« sans qu'il soit possible d'opter pour des mesures moins restrictives susceptibles de sauvegarder ces intérêts »* (point 58), ce qui a conduit à considérer que ces mesures allaient au-delà de ce qui est nécessaire.

518. ***La possibilité d'empêcher la fraude par des mesures proportionnées***. Il est important de relever que la Cour de justice a précisé que les États membres pouvaient prendre des mesures visant à empêcher la fraude (point 61 de l'arrêt *Polbud*) sans pourtant préciser le contenu de la fraude. Il faudrait peut-être déduire de cet arrêt, comme le remarque T. Mastrullo, que *« les États membres sont invités à lutter contre l'usage abusif de la liberté d'établissement de manière ponctuelle et punitive, plutôt que de manière générale et préventive »*[878] ; la Cour a fait référence à des mesures moins restrictives que celles qui étaient prévues en l'espèce par le pays d'origine, telles que la constitution de garanties bancaires ou d'autres garanties équivalentes.

Le pays d'origine aurait pu conditionner la régularité de l'opération de transfert *« à la satisfaction de certains intérêts concrètement affectés (salariés, créanciers, ...) par l'imposition de mesures protectrices proportionnées et n'affectant pas le principe même de la restructuration »*[879]. La Cour de justice semble inviter les États membres à ne pas lutter frontalement contre la disparité des sièges statutaire et réel.

519. Nous pouvons aussi voir dans l'arrêt *Polbud*, *« par cette libéralisation à tout crin de la transformation transfrontalière qui peut se réaliser de manière sauvage sans garde-fous ni mesure de protection des associés minoritaires ou des tiers »*[880], la volonté de la Cour de justice d'inciter les instances européennes à agir et adopter une directive sur le transfert de siège d'un État membre à un autre prévoyant de façon concrète des mesures des protections des tiers.

---

[878] T. MASTRULLO, « Droit à la transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union : la CJUE passe la troisième ! », *Bull. Joly Sociétés*, janv. 2018, n° 117d8, p. 19.
[879] L. D'AVOUT, « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *op. cit.*.
[880] M. MENJUCQ, « La Cour de justice libéralise la transformation transfrontalière des sociétés », *JCP E* n° 3, 18 Janvier 2018, 1014.

Comme le dit L. d'Avout, l'arrêt *Polbud* inaugure l'optique nouvelle qui consiste à celle d'une *« « hyper-mobilité » ou itinérance inconditionnelle qui permet à l'opérateur de surpasser la réglementation restrictive d'un des États concernés dès lors que l'autre provoque la transformation, selon son point de vue propre et aux seules conditions qu'il a posées. (...) Le pays de constitution apparaît effectivement comme un espace poreux, incapable de retenir les êtres économiques qu'il a institués ; les sociétés, juridiquement mobiles, deviennent des êtres nomades en Europe, [ce qui conduit à] une amplification de la mise en concurrence des droits »*[881].

IV. L'intervention du juge du siège réel en matière d'insolvabilité pour réglementer l'activité locale de la société constituée à l'étranger

520. ***Le titre de compétence internationale du juge de l'État d'établissement***. L. d'Avout souligne que l'opération de mobilité juridique de la société ne doit pas affecter le titre de compétence internationale de l'État d'établissement – et du siège réel – pour réglementer l'activité économique locale en cas de faillite comme en dehors du cas de faillite. *« La conséquence d'une optimisation juridique excessive du régime des structures sociétaires est celle d'une compensation par le régime impératif appliqué à l'activité locale de l'entité étrangère »*[882].

Il faut citer, à cet égard, le point 55 de l'arrêt *Polbud* qui semble aller dans ce sens en énonçant que la liberté d'établissement *« ne s'oppose pas, en principe, à des mesures d'un État membre visant à ce que les intérêts des créanciers, des associés minoritaires ainsi que des travailleurs d'une société, qui a été constituée conformément à son droit et continue à exercer ses activités sur le territoire national, ne soient pas indûment affectés par le transfert du siège statutaire de cette société et sa transformation (...) »*.

521. ***L'affaire Kornhaas***. Dans ces conditions, il est intéressant de noter l'arrêt *Kornhaas*[883] de la CJUE rendu en matière d'insolvabilité, qui constitue *« le principal antidote aux*

[881] L. D'AVOUT, « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *op. cit.*.
[882] *Ibid*.
[883] CJUE, 10 déc. 2015, aff. C-594/14, *Kornhaas*, *JCP G* 2016, doctr. 241, n° 10, obs. M. MENJUCQ ; *JCP G* 2016, 304, L. D'AVOUT ; *Europe* 2016, comm. 84, L. IDOT ; *Rev. des proc. coll*. n° 6, Novembre 2016, comm. 171, obs. T. MASTRULLO.

pathologies résultant de l'arrêt Centros »[884]. L'affaire portait sur une société immatriculée au Royaume-Uni alors que l'exercice de l'essentiel de ses activités était situé en Allemagne. Une procédure collective a été ouverte en Allemagne et le dirigeant a été condamné à payer sur son patrimoine personnel les sommes versées par la société depuis la survenance de l'insolvabilité. Cette condamnation a été prononcée en vertu de la loi allemande en tant que *lex fori concursus*.

522. ***La compétence juridictionnelle du juge du siège réel***. Concernant la compétence judicaire internationale, il convient de préciser que, selon le règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité et applicable en l'espèce, le juge compétent pour ouvrir la procédure principale d'insolvabilité est celui du lieu du centre des intérêts principaux de la société (article 3 §1 du règlement précité). Le centre des intérêts principaux est présumé être le lieu du siège statutaire.

Mais cette présomption peut être renversée si l'administration centrale de la société est située dans un État membre autre que celui de son siège statutaire et si une appréciation globale de l'ensemble des éléments pertinents permet d'établir, d'une manière vérifiable par des tiers, que le centre effectif de direction et de contrôle de la société ainsi que de la gestion de ses intérêts se situe dans cet autre État membre – le règlement n° 2015/848 du 20 mai 2015 qui a succédé au règlement n° 1346/2000 énonce clairement le caractère réfragable de cette présomption dans son considérant 30[885].

Comme le souligne L. d'Avout, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, *« l'accent est mis sur l'intérêt des tiers dans la fixation du critère de compétence juridictionnelle : son objet n'est pas seulement de désigner un juge et un pays à l'avantage du débiteur ; il s'agit ici de trouver un pays d'implantation économique objectivement prépondérant du débiteur, de ce fait connu de ses créanciers »*[886].

---

[884] L. D'AVOUT, « Suites de la jurisprudence *Centros* : les sociétés *off shore* rattrapées par le droit local de l'insolvabilité », *JCP G* 2016, 304.

[885] La CJUE avait déjà précisé dans son arrêt *Interedil* (CJUE, 20 oct. 2011, aff. C-396/09, Europe 2011, comm. 501, obs. V. MICHEL), les modalités de détermination du centre des intérêts principaux d'une société en matière d'insolvabilité. Elle avait considéré que *« la présence d'actifs sociaux comme l'existence de contrats relatifs à leur exploitation financière dans un État membre autre que celui du siège statutaire de cette société ne sauraient être considérées comme des éléments suffisants pour renverser la présomption posée par le législateur de l'Union qu'à la condition qu'une appréciation globale de l'ensemble des éléments pertinents permette d'établir que, de manière vérifiable par les tiers, le centre effectif de direction et de contrôle de ladite société ainsi que de la gestion de ses intérêts se situe dans cet autre État membre ».*

[886] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 255, n° 131.

Autrement dit, le centre des intérêts principaux équivaut au siège réel de la société et la présomption, selon laquelle ce centre est fixé au lieu du siège statutaire, vise les cas normaux où la société est effectivement gérée au pays de son immatriculation. Toutefois, en cas de dissociation des sièges statutaire et réel, le centre des intérêts principaux correspond au lieu du siège réel de la société permettant ainsi au juge de ce lieu d'ouvrir la procédure principale d'insolvabilité[887]. Ainsi, dans le cadre de l'affaire *Kornhaas*, en raison de la disparité des sièges statutaire et réel de la société, le juge allemand avait estimé à juste titre que le centre des intérêts principaux était situé en Allemagne, en tant que lieu d'administration effective de la société, et non au pays d'incorporation, ce qui lui autorisait d'ouvrir la procédure principale d'insolvabilité.

523. ***L'application de la lex fori concursus en tant que loi du pays d'implantation réelle de la société***. Quant à la loi applicable en l'espèce, la juridiction du Luxembourg a considéré que l'application du droit allemand, en tant que *lex fori concursus* au sens de l'article 4 du règlement n° 1346/2000, n'était pas incompatible avec la liberté d'établissement. Le fait d'imposer au dirigeant une responsabilité pécuniaire personnelle, en vertu de la loi allemande, pourrait être vu comme une entrave à la liberté d'établissement de la société du droit étranger ; mais la Cour de justice n'a pas raisonné de cette manière. Il s'agit d'une solution importante, dans la mesure où elle apporte des tempéraments au principe libéral de reconnaissance des sociétés consacré dans la jurisprudence antérieure de la Cour.

Lorsqu'une société « boîte aux lettres », sans activité réelle en son pays de constitution, est insolvable et fait l'objet d'une procédure de faillite dans l'État où est situé son siège réel, la loi applicable à la procédure n'est pas celle du pays d'immatriculation mais la loi du pays d'établissement réel de la société, qui peut sanctionner l'inconduite des dirigeants sociaux. La *lex concursus* – en l'espèce la loi allemande – n'est pas constitutive d'une entrave, puisqu'elle ne nie pas la constitution valable de la société selon le droit du pays d'origine mais s'applique dans le cadre de l'activité de la personne morale (point 28 de l'arrêt *Kornhaas*). *« La responsabilité personnelle du dirigeant n'est pas formellement liée à la constitution de la société à l'étranger, ni à son fonctionnement institutionnel et organique ; elle est une suite de la survenance de l'insolvabilité, édictée dans l'intérêt des créanciers. (…) La faute reprochée*

[887] Le droit français admet également qu'en matière de faillites, la compétence internationale du siège social s'entende comme désignant le siège réel lorsque celui-ci est dissocié du siège statutaire (Cass. civ. I, 21 juillet 1987, *D.*, 1988, p. 169 note J.-P. RÉMERY).

aux dirigeants et associés ne doit pas être inhérente à la constitution de la société off shore, mais doit pouvoir être rattachée à l'activité réalisée par celle-ci sur le territoire local »[888].

La *lex societatis*, qui est définie par référence à l'État membre d'immatriculation et régit la constitution et le fonctionnement interne de la société, est concurrencée par l'application de la loi du pays d'implantation réelle de la société en matière d'insolvabilité ; ainsi que le relève L. d'Avout, *« plus le rattachement d'une situation se libéralise, plus le domaine de la loi désignée se rétrécit ou se trouve concurrencé par les velléités d'application de lois tierces »*[889].

524. ***La dissuasion du law shopping en matière d'insolvabilité***. La solution *Kornhaas,* en dissuadant du *law shopping, « constitue une épée de Damoclès pour les dirigeants sociaux qui acceptent de conduire les affaires de sociétés off shore, constituées moyennant dissociation des sièges statutaire et réel. (…) Certaines conséquences nocives des abus de la liberté d'établissement à l'étranger pourront être pratiquement compensées dans la procédure locale d'insolvabilité »*[890].

La liberté d'établissement permet aux fondateurs de procéder à la disparité des sièges statutaire et réel de la société dans le but de se soustraire aux dispositions du droit de l'État membre sur le territoire duquel ils souhaitent poursuivre l'activité sociale, et notamment aux règles relatives au capital social et à leur responsabilité lorsque la société est *in bonis*. Néanmoins, ils n'échapperont pas aux obligations et aux actions en responsabilité prévues par la loi du pays d'établissement réel dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre de la société[891].

---

[888] L. D'AVOUT, « Suites de la jurisprudence *Centros* : les sociétés *off shore* rattrapées par le droit local de l'insolvabilité », *op. cit.*.
[889] *Ibid*.
[890] *Ibid*.
[891] V. T. MASTRULLO, « Champ d'application matériel : première rencontre entre le droit européen des procédures d'insolvabilité et le droit d'établissement des sociétés », *op. cit.*. L. d'Avout remarque aussi dans son cours à la Haye que les entreprises de taille petite ou moyenne, doivent éviter de recourir à la dissociation du siège et de l'administration centrale, sans activité réelle exercée au siège, car dans cette hypothèse il est possible de faire face à la démultiplication des pays pertinents pour le traitement de l'insolvabilité et à l'application imprévue de sanctions de leur inconduite venue d'un pays autre que celui du siège. L'incitation au *law shopping* opéré par la jurisprudence libérale de la CJUE conduit au résultat suivant : immunisé de toute conséquence civile nuisible lorsque la société est *in bonis*, le fondateur sera sanctionné, une fois les difficultés financières apparues, dans une procédure d'insolvabilité ouverte, le cas échéant contre sa volonté, au pays où la société est active et dont la compétence normative et juridictionnelle voulait être évitée. Le fondateur ne pourra pas se plaindre, puisque la loi du pays d'établissement réel de la société ne peut pas légitimement ignorée, dans la mesure où l'activité de la société est principalement dirigée vers ce pays. *« Cette politique jurisprudentielle de la Cour de justice – motivée par le souhait abstrait d'une mise en concurrence des régimes facilitateurs de droit des sociétés dans le grand*

Après l'exposé de la jurisprudence européenne en matière d'établissement, il en ressort que celle-ci est susceptible de faire évoluer les règles de droit international privé des États membres en matière de sociétés. Dans ces circonstances, il serait souhaitable que les liens de rattachement des sociétés fassent l'objet d'une harmonisation au niveau européen, afin d'éviter le risque des solutions divergentes retenues par le droit des sociétés des différents États membres. Nous allons, ainsi, nous intéresser maintenant à l'approche retenue par la doctrine relativement à l'harmonisation de la loi applicable en matière de sociétés.

§2 La tentative d'harmonisation au niveau européen de la loi applicable en matière de sociétés

525. L'essor du critère du siège statutaire en matière de conflit de lois est inévitable, ce qui conduit à la consécration de l'*electio juris* (I). Pourtant, le recours inconditionnel à l'élection de droit comporte des risques, en cas de dissociation entre le siège statutaire et le siège réel (II).

I. L'essor inévitable du critère du siège statutaire

526. ***Le domaine de la lex societatis***. En matière de *lex societatis*, il semble incontestable que la tendance actuelle consiste à retenir le rattachement par le siège statutaire qui correspond au critère de l'immatriculation. Il faut préciser que la *lex societatis* régit le statut sociétaire interne[892] – par exemple les obligations des dirigeants vis-à-vis de la société et des associés, ou de ceux-ci vis-à-vis de la structure, l'existence de la société, le fonctionnement des organes sociaux – ainsi que les relations de la société avec les tiers. Les questions externes, et notamment la responsabilité des associés et dirigeants vis-à-vis des tiers peuvent être soumises à une loi tierce, celle du lieu d'enracinement objectif de la structure.

527. ***Les avantages du critère du siège statutaire.*** L'essor inévitable du critère subjectif et formel de l'incorporation s'explique par la dématérialisation que subit, de nos jours, le siège réel. L. d'Avout constate, dans son cours à La Haye, que la localisation objective du lieu de rencontre effectif des organes de la société et de la direction supérieure de l'entreprise n'est pas

marché commun – est fort mal réglée et ne devrait pas être prise en exemple de solutions modernes dignes d'imitation » (v. L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit*., p. 257, n° 131).

[892] Nous allons voir que certaines questions internes, et surtout celles qui sont relatives aux obligations des dirigeants vis-à-vis de la société et des associés, ou de ceux-ci vis-à-vis de la structure, peuvent être soumises à la loi du lieu du siège réel, en cas de disparité entre les sièges statutaire et réel.

évidente ; *« que décider, en effet, lorsque le siège social n'est plus le lieu de rencontre effectif des managers et que la direction supérieure de l'entreprise s'opère par la voie virtuelle, en forme de mails et vidéo-conférences réunissant des individus disséminés sur la planète ? »*[893].

En revanche, il apparaît que le critère de siège statutaire soit le plus conforme aux besoins du marché intérieur et de la mondialisation, dans la mesure où il présente l'avantage de la certitude et de la fixité. *« Il constitue le repère le plus sûrement identifiable par tout intéressé et le plus stable, il doit constituer le critère de principe aussi bien en matière de conflit de lois et de compétence juridictionnelle »*[894].

528. ***La consécration de l'élection de droit***. Ainsi, dans le cadre du conflit de lois, l'avènement du libéralisme en matière de rattachement des sociétés se concrétise par l'essor de l'élection de droit[895]. Le rattachement par le siège statutaire permet finalement aux fondateurs de la société de choisir librement la loi qui va régir la personne morale, puisque l'immatriculation de la société dans un pays donné, effectuée selon la volonté des fondateurs, implique l'applicabilité de la loi de ce pays pour régir la constitution et le fonctionnement de la personne morale.

L. d'Avout a démontré que la consécration de l'*electio juris* en matière de sociétés s'explique par la convergence de deux éléments : *« d'une part, la valorisation croissante des rattachements subjectifs ou volontaires en droit international privé, à raison de leurs avantages fonctionnels en matière patrimoniale et disponible »*[896] ; d'autre part, le fait que la fonction régulatrice du droit contemporain des sociétés recule derrière sa fonction habilitante. Autrement dit, les sociétés sont moins conçues comme des entités régulant le comportement, mais comme le véhicule de la facilitation économique[897]. Dans ces conditions, le rattachement volontaire est considéré comme indivisible de la nature optionnelle des sociétés, selon la conception moderne du droit facilitateur. Cette évolution conduit à l'atténuation de l'impact du franchissement des

[893] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit*., p.186, n° 89.
[894] M. MENJUCQ, « La notion de siège social : une unité introuvable en droit communautaire et en droit international », *Mél. J. Béguin*, Litec, 2005
[895] V. L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit*., p.193, n° 93 et s..
[896] *Ibid*., p. 193, v. surtout p. 197 et s..
[897] *Ibid*., p. 210. L'auteur renvoie à M.-P. WELLER, « Wind of Change im Gesellschaftsrecht », *ZEuP*, 2016, p. 64-65.

frontières, puisque la société peut voir la forme d'organisation choisie dans un pays donné la suivre lorsqu'elle franchit les frontières de son État d'origine[898].

H. Synvet a aussi souligné que *« l'évolution va dans le sens des critères formels de rattachement des sociétés »*[899]. Ces derniers permettent d'assurer la prévisibilité et la stabilité de la loi applicable à l'organisation juridique de la société. Cette évolution aboutirait *« à l'harmonisation des systèmes de rattachement autour du critère du siège statutaire, correspondant au lieu d'immatriculation »*[900].

529. ***Les sanctions de la constitution irrégulière de la société***. Il est important de noter que les sanctions de la constitution irrégulière de la société relèvent normalement de la *lex societatis*, dans la mesure où l'organisation de la personne morale est régie par cette dernière. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a jugé dans son arrêt *Artifax Trading*[901] que la loi de constitution s'applique, en principe, à la fictivité de la société et/ou de son objet social.

Le prononcé des sanctions structurelles, comme l'annulation de la société, doit relever, en principe, de la loi de constitution mais cette affirmation ne doit pas exclure l'application ponctuelle de la loi du for dans le but de protéger les tiers victimes de la société fictive et déclarer l'inopposabilité de la société ou engager la responsabilité civile des fondateurs lorsqu'un vice grave de constitution est allégué dans un pays tiers où il produit un effet dommageable[902]. *« Devant la fraude ou l'artifice, tous les raisonnements juridiques ordinaires peuvent et doivent parfois céder. (…) Les sanctions, issues de la lex societatis*-loi choisie par

[898] *Ibid.*, p. 212.
[899] H. SYNVET, « Société », *Rép. Dalloz, dr. int.*, août 2004, n° 44.
[900] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 220, n° 110.
[901] Cass. com. 21 oct. 2014, *Artifax Trading* n° 13-11.805, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 541, note L. D'AVOUT, *D.* 2015, p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE.
[902] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 221-222, n° 112. L'auteur mentionne l'affaire *Petrona Tower* (Civ 1re, 9 septembre 2015, n° 14-12. 658, *Petrona Tower*, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 537, note L. D'AVOUT, *D.* 2016, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE) dans laquelle la Cour de cassation a retenu la compétence du juge français à l'égard d'un dirigeant, qui, ayant constituée une société fictive à l'étranger, avait été attrait en responsabilité devant le juge français à raison des contrats passés par la société, au motif que celle-ci serait inopposable au tiers. Même si la fictivité de la société était soulevée à titre incident, la règle européenne de compétence exclusive du juge du siège social n'était pas violée, car l'action n'avait pas formellement pour objet le prononcé de la nullité de la société ; solution réitérée par Civ. 1re, 4 mai 2017, n° 16-12.853, *Société Euroinvest intermed c/ société Compagnie européen de gestion immobilière et services*, *D.* 2017, p. 2061, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *Bull. Joly Sociétés* 2017, p. 539, note M. MENJUCQ ; Civ 1re 11 avril 2018 aff. 16-24653, *D.* 2018, p. 1938 bs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE, *BJS* juin 2018, p. 330, note Th. MASTRULLO (v. *supra*, n° 127).

les associés, ne sont pas exclusives de sanctions concurrentes susceptibles d'être prononcées en application d'une loi tierce »[903].

II. Les risques engendrés par le recours inconditionnel à l'*electio juris*

530. En cas de disparité entre le lieu de l'incorporation et celui de la gestion effective de la société, le recours systématique à l'élection de droit comporte le risque de la disparité des impérativités nationales (A). Il convient, aussi, d'ajouter l'hypothèse de revendication de la compétence juridictionnelle et législative du juge su siège réel, ce qui peut conduire à des conflits de compétences (B). Enfin, le recours absolu à l'élection de droit peut provoquer le choc des unilatéralismes contraires (C).

A. Le risque de disparition des impérativités nationales

531. ***Le risque d'aboutir à un libéralisme sans garde-fous***. Le recours à l'élection de droit comporte, toutefois, le risque d'aboutir à un libéralisme sans garde-fous, ce qui conduit finalement *« à la disparition des impérativités nationales appartenant au système juridique évincé par l'effet de choix de loi »*[904], en cas de dissociation entre le siège statutaire et le siège réel. Cet effet néfaste est particulièrement visible au sein de l'Union européenne en matière de mobilité des sociétés et de reconnaissance de leur personnalité juridique.

Selon la jurisprudence libérale de la CJUE examinée plus haut, la liberté d'établissement autorise d'une part, la libre immatriculation des sociétés dans tout État membre, sans exercice d'une activité réelle et d'autre part, la possibilité de quitter ce pays et transférer le siège statutaire avec changement de la loi applicable dans un autre État membre, sans implantation réelle dans ce dernier. Par conséquent, la personnalité juridique de la société doit pouvoir être reconnue en Europe, *« à la seule condition que soit prouvée son efficacité au pays d'origine, pays d'immatriculation »*[905].

[903] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit*., p. 222, n° 112.
[904] V. L. D'AVOUT « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 541 et du même auteur *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit*., p. 226 et s..
[905] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit*., p. 241, n° 124.

532. ***La réserve nécessaire de la fraude***. Cette incitation au *law shopping*, est dangereuse, si elle est inconditionnelle, c'est-à-dire si elle ne souffre pas d'exceptions. Ainsi que le souligne M. Menjucq, la loi applicable à une société est par principe celle de l'État de constitution. Le siège statutaire *« constitue le facteur de rattachement de la lex societatis dont la détermination n'est pas remise en cause par la démonstration que le siège réel se situe ailleurs, sauf si celui-ci concrétise une fraude ou permet l'application d'une mesure de protection des tiers »*[906].

F. Guillaume partage également cet avis, puisqu'il affirme, à propos du droit international privé suisse, que la liberté attribuée aux fondateurs de la société d'incorporer leur entité dans l'État de leur choix ne doit pas être absolu. Ce système de rattachement des sociétés par le critère du pays d'immatriculation doit être complété par des correctifs au rattachement afin de sauvegarder les intérêts des tiers et éviter qu'ils ne se retrouvent face à une « coquille vide ». *« Si le principe de l'autonomie de la volonté domine par conséquent le système de l'incorporation, certaines limites sont nécessaires pour garantir sa cohérence »*[907].

533. H. Synvet a aussi mis l'accent sur la nécessité de prévoir des tempéraments au rattachement des sociétés, assise sur la prépondérance du siège statutaire. La loi élue par les fondateurs gouverne la société, sauf fraude ; *« le seul danger de la liberté accordée aux fondateurs est de rendre possible le rattachement artificiel de la société. Dans ces conditions, le palliatif le plus adéquat consiste à prévoir la sanction de la fraude, sans automatiquement offrir compétence à la loi du siège réel »*[908].

La fraude consiste à établir dans un État membre une société « boîte aux lettres » dotée d'un siège fictif sans établissement réel et sérieux dans le but d'éluder l'application des règles du pays de localisation exclusive de l'activité économique de l'opérateur. Ce type de fraude appelle une sanction, à savoir *« la négation de l'existence même de l'entité constituée par fraude ou, mieux, la surimposition à celle-ci des règles sociétaires auxquelles elle aurait dû être ordinairement soumise »*[909]. Dans ces conditions, la jurisprudence européenne étudiée

---

[906] M. MENJUCQ, « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », dans *Mélanges Y. Guyon, Dalloz*, 2003, p. 831 et s..

[907] F. GUILLAUME, *Lex societatis. Principes de rattachement et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Schultess, Zurich 2001, p. 348.

[908] H. SYNVET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, Rennes, 1979, dactyl., n° 101, p. 223.

[909] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit*., p. 244., n° 126. M. Menjucq précise aussi que *« ce n'est pas par la privation de la jouissance du droit d'établissement que la fraude doit être sanctionnée mais éventuellement par l'application des règles de droit que les associés désiraient éluder en constituant leur société dans un autre État membre. Ainsi, ne pouvant s'opérer sur le terrain du droit*

auparavant en matière de liberté d'établissement est contestable, dans la mesure où elle semble hostile au déclenchement de l'exception de la fraude. Il faut, cependant, remarquer que cette jurisprudence doit être limitée dans son domaine d'application, c'est-à-dire la constitution et la réorganisation de la société, sans empêcher la lutte contre la fraude en dehors de ces cas, comme en matière fiscale ou en matière de faillites[910].

B. La revendication de la compétence juridictionnelle et législative par le pays du siège réel

534. ***L'hypothèse de compétence exclusive – article 24 §2 RBI bis***. Il est, aussi, important de noter qu'en cas de disparité entre le lieu de constitution et la gestion effective des affaires sociales, le pays d'implantation réelle de la société peut revendiquer la compétence juridictionnelle et/ou législative. C'est le cas, dans le cadre de l'article 24 §2 RBI *bis*. Ainsi que nous l'avons expliqué précédemment, cet article reconnaît une compétence exclusive au profit des juridictions du siège social pour tout litige relatif à la structure de la société – annulation ou dissolution de la société – ou au fonctionnement interne sous le rapport de la validité des décisions d'organes.

Cette compétence exclusive est justifiée par la volonté d'assurer la coïncidence entre le *forum* et le *jus*, c'est-à-dire garantir que tout litige structurel soit porté devant un juge unique, celui du pays de siège, qui va appliquer la *lex societatis* – loi du for. Toutefois, cet objectif disparaît en cas de dissociation entre sièges statutaire et réel, dans la mesure où l'article 24 §2 renvoie au droit international privé des États membres afin de déterminer le siège social, alors que les droits nationaux ne retiennent pas la même conception concernant la notion de siège. Par conséquent, *« la compétence exclusive risque de se démultiplier, deux pays pouvant alors retenir leur compétence : celui de l'incorporation, celui de l'administration centrale. L'exercice de la compétence juridictionnelle au for du siège réel pourra aboutir à une application imparfaite de la lex societatis voulue par les associés, (…) voire à une application prioritaire de principes ou règles issus du droit local des sociétés que l'on voulait évincer lors de la constitution de la société »*[911].

---

d'établissement, la sanction de la fraude doit se porter sur le terrain de la loi applicable à la société » (M. MENJUCQ, « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », *op. cit*., n° 17).

[910] *Ibid*., p. 246, n° 127 ; S. BOLLÉE, L. D'AVOUT, « Droit du commerce international », *D.* 2016, p. 2029.

[911] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit*., p. 249, n° 129. L'auteur constate que si le tiers, demandeur à l'action, se prévaut du siège statutaire sans lien avec une localisation dans le pays du juge

535. ***L'article 1837 alinéa 2 du Code civil français***. Par ailleurs, en droit français, l'article 1837 alinéa 2 du Code civil permet aux tiers victimes d'une dissociation des sièges statutaire et réel de se prévaloir de la loi du pays du siège réel. Mais ce texte est interprété comme un correctif au rattachement de principe des sociétés par le siège statutaire, correctif qui peut être mobilisé en cas de fraude.

536. ***La revendication de la compétence en matière des faillites***. Nous avons, aussi, examiné un autre exemple de revendication de la compétence juridictionnelle et législative du pays d'enracinement réel de la société en matière des faillites. En effet, dans le cadre européen, lorsqu'une société sans activité réelle en son pays d'immatriculation est insolvable, le juge du lieu d'implantation effectif est compétent pour ouvrir la procédure principale d'insolvabilité et appliquer sa loi, ce qui permet de lutter contre les tentatives de contournement abusif ou frauduleux de l'ordre juridique du siège réel, puisque la société et ses dirigeants ne peuvent pas *« chercher abri dans l'ordre juridique auquel, par opportunité, elle s'est artificiellement rattachée »*[912].

537. ***La dualité de la lex societatis***. Dans ces circonstances, il est intéressant de remarquer que le droit international privé comparé offre des exemples de dualité de *lex societatis*. Autrement dit, deux critères différents sont utilisés afin de désigner la *lex societatis*, celui où l'activité sociale s'exerce et celui de l'incorporation, selon que la détermination de la loi applicable est recherchée pour des questions relatives à la constitution de la société ou pour des questions afférant à l'activité de la société. En droit international privé italien, la règle de conflit de lois soumet la constitution de la société à la loi d'incorporation alors que l'activité de la société est régie par la loi italienne si le siège réel se situe en Italie[913]. L'alinéa 2 de l'article 3083 du Code civil québécois s'inspire aussi du même principe et émet une réserve face aux implantations artificielles des sociétés lorsqu'il dispose que *« l'état et la capacité d'une personne morale sont régis par la loi de l'État en vertu de laquelle elle est constituée, sous réserve, quant à son activité, de la loi du lieu où elle s'exerce »*.

saisi, les tribunaux sont néanmoins impérativement compétents (voir *Bundesgerichtshof*, 14 novembre 2017, VI ZR 73/17).

[912] S. BOLLÉE, L. D'AVOUT, « Droit du commerce international », *D.* 2016, p. 2029.

[913] *« Les sociétés, les associations, les fondations et toute autre entité, publique ou privée, même dépourvue de nature associative, sont régies par la loi de l'État dans le territoire duquel a été accompli le processus de constitution. Toutefois la loi italienne s'applique si le siège de l'administration est situé en Italie, ou si l'objet principal de telles entités se trouve en Italie »* (art. 25-1 loi italienne de droit international privé 1995).

Il en ressort, ainsi, que le droit local évincé sans raison objective doit pouvoir trouver le moyen de se défendre à travers la théorie de la fraude à la loi ou celle des lois de police afin de lutter contre les montages sociétaires artificiels[914].

C. Le choc des unilatéralismes contraires

538. ***La porosité du domaine de la lex societatis : l'adoption des rattachements complémentaires d'exception***. Le recours inconditionnel à l'*electio juris* comporte, aussi, le risque *« d'excitation des unilatéralismes contraires ou d'entrée en lutte accrue des impérativités étatiques concurrentes »*[915]. Afin d'éviter ce risque, la règle de conflit de lois libérale, en matière de sociétés, laissant aux fondateurs une marge de manœuvre dans la détermination de la loi applicable à la société, peut être équilibrée par une *« certaine porosité du domaine reconnu à la lex societatis »*[916].

Comme l'a constaté E. Pataut, *« le développement de l'autonomie de la volonté [en matière de sociétés] pourrait en effet bien s'accompagner d'une redéfinition du domaine de la loi de la société, dont sortiraient des pans entiers de législation (sociale, fiscale, pénale, en matière de RSE [responsabilité sociétale des entreprises] (…) qui pour leur part feront l'objet de rattachements propres, et fréquemment de règles d'application impérative »*[917]. Autrement dit, l'adoption d'un critère de rattachement formel et subjectif doit être compensée par des rattachements complémentaires d'exception, procédant du système juridique avec lequel, par son activité, la société entretient des liens étroits[918]. Ces rattachements d'exception ont pour but

---

[914] V. H. SYNVET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, *op. cit.*, n° 21, p. 63-64. L'auteur souligne qu' *« une portée absolue [au système de l'incorporation], le laxisme de la règle de conflit autoriserait la fraude à toutes les réglementations nationales qui feraient techniquement l'objet d'une qualification sociétaire. (…) Il faut en outre qu'y soient soumis [aux politiques étatiques les plus impératives de la loi du siège réel] les groupements, même régulièrement constitués à l'étranger, qui entretiennent avec l'économie nationale des liens notables au regard des objectifs poursuivis »*. B. Audit a, aussi, remarqué dans son cours général à La Haye en 2003 que *« Les systèmes nationaux reconnaissant la compétence de la loi du lieu d'incorporation sont … susceptibles de soumettre les sociétés « étrangères » faisant appel à l'épargne ou exerçant une activité sur leur territoire à des règles impératives, applicables comme loi de police, pour préserver les intérêts généraux dont l'Etat a la charge (épargnants, créanciers) »* (B. AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité : Cours général*, RCADI, vol. 305, 2003, n° 301, p. 301).

[915] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 226, n° 115.

[916] H. SYNVET, « Société », *Rép. Dalloz, dr. int.*, *op. cit.*, n° 83.

[917] E. PATAUT, « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international privé », dans *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque, SFDI, 2017, précité, p. 74.

[918] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 220, n° 110. Cependant, selon M. Menjucq les législations fiscale, sociale, pénale ou les règles de droit des faillites internationales ne font pas partie du domaine de *la lex societatis* qui n'a jamais prétendu régir autre chose que le statut sociétaire interne et externe. Ce type de questions ont toujours été indépendantes de la *lex societatis* et soumises à des rattachements

d'assurer la protection des intérêts des tiers et resurgissent par voie d'exception dans la théorie du rattachement par l'incorporation.

539. Ainsi que l'a relevé L. d'Avout *« il est loisible aux États de conditionner l'institution ou la reconnaissance de la personnalité morale à la teneur de l'activité et des rapports économiques fondamentaux. (…) [Le choc des unilatéralismes] contraires est accentué par la dissociation, devenue fréquente, entre organisation de la société et localisation de l'entreprise. Si l'on veut, l'unilatéralisme libéral inhérent à la reconnaissance des entités constituées à l'étranger est compensé par un unilatéralisme protecteur et territorial, des plus classiques »*[919].

Il est intéressant de noter que la Convention de Bruxelles du 29 février 1968, sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, qui n'est pas entrée en vigueur, avait prévu des tempéraments au rattachement par l'incorporation en énonçant dans son article 4 que *« tout État contractant peut également déclarer qu'il appliquera les dispositions de sa propre loi, qu'il considère comme impératives aux sociétés et personnes morales, dont le siège réel se trouve sur son territoire, bien qu'elles aient été constituées selon la loi d'un autre État contractant »*.

540. ***Une illustration du choc des unilatéralismes contraires en droit pénal***. Nous pouvons trouver une illustration de ce choc des unilatéralismes contraires en droit français en matière pénale. La jurisprudence criminelle se prévaut de la théorie du siège social réel pour appliquer le délit français d'abus de biens sociaux aux dirigeants d'une société constituée à l'étranger, lorsque le siège statutaire apparaît fictif et le siège réel est établi en France[920]. Cette infraction est considérée être applicable à des sociétés artificiellement constituées à l'étranger, grâce à la règle française de droit international privé permettant que la société soit ponctuellement régie

distincts (M. MENJUCQ, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *JDI Clunet* n° 3, juillet 2020, biblio. 8).

[919] L. D'AVOUT, « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *op. cit.*.

[920] Cass. crim. 31 janv. 2007 n° 02-85.089 et 05-82.671, *Total Elf Gabon*, *Dr. soc.* avril 2007, n° 83, obs. R. SALOMON ; Cass. crim. 10 mars 2010 n° 09-82453, *Midnight pearls international Ltd*, *Rev. soc.* févr. 2011, p. 114 et s., note M. MENJUCQ, Cass. crim. 25 juin 2014 n° 13-84.445, *Protesic trans SL*, *Rev. soc.* 2015, p. 50, note M. MENJUCQ, Cass. crim., 20 mai 2015, n° 13-86916, *Liberty Net*. *« On peut y voir une manifestation, assez nette, du choc des unilatéralismes contraires auquel expose la libéralisation actuellement à l'œuvre du rattachement des sociétés dans le droit international privé français. […] On constate ici la tension existant en France entre le libéralisme de la reconnaissance des sociétés constituées à l'étranger et les velléités d'application de certaines portions de l'ordre public local. […] Cette résistance du droit pénal contrebalance les effets de la conversion progressive du droit civil français à la théorie de l'incorporation »* (L. D'AVOUT, « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *op. cit.*).

par le droit français du siège réel à la demande d'un tiers (article L. 210-3 du Code de commerce). Le délit d'abus des biens sociaux concerne, ainsi, non seulement les sociétés constituées en France mais aussi les sociétés *off shore* sans établissement réel à l'étranger. Cette solution vise à dissuader les dissociations abusives de l'immatriculation et du lieu d'établissement réel de l'entité[921].

Dans les rapports entre États membres de l'Union européenne, la jurisprudence de la CJUE obligeant à la reconnaissance de la personnalité juridique de la société créée en application d'une *lex societatis* étrangère, ne semble pas pouvoir s'opposer à la jurisprudence pénale française. *« La reconnaissance de principe d'une personne juridique constituée à l'étranger n'implique nullement la disparition des conflits de lois consécutifs. Sous réserve de justification au regard de l'intérêt général, d'un test de nécessité et de proportionnalité, le droit local du siège réel, en ses segments civil, administratif ou pénal, peut être ponctuellement appliqué, moyennant les adaptations et articulations nécessaires, à la société constituée à l'étranger »*[922].

541. ***La responsabilité civile des dirigeants et associés vis-à-vis des tiers***. Il est aussi intéressant d'observer que la responsabilité civile des dirigeants et associés de la société vis-à-vis des tiers, pour violation d'obligations qui ne relèvent pas du droit des sociétés, est régie par la *lex loci delicti*, c'est-à-dire la loi du pays où survient l'agissement des membres de l'entité ou celle du pays où le dommage se fait ressentir. En cas d'immatriculation artificielle de la société dans un État où elle n'exerce aucune activité, la *lex loci delicti* peut correspondre à la loi du siège réel en tant que loi du lieu de l'exercice de l'activité sociale, assurant ainsi la protection des créanciers locaux.

Les dirigeants et associés *« verront leur responsabilité engagée selon des standards autres que ceux issus du statut interne du groupement et disposeront de faibles chances d'invoquer avec succès les exonérations de responsabilité prévues par ce statut »*[923]. La loi suisse de droit international privé prévoit expressément dans son article 159 que *« lorsque les activités d'une société créée en vertu du droit étranger sont exercées en Suisse ou à partir de la Suisse, la*

[921] L'application du droit pénal français suppose également d'opérer une transposition *ad hoc* de la société étrangère dans le régime correspondant du droit local des sociétés (v. L. D'AVOUT, « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *op. cit.*).
[922] L. D'AVOUT, « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *op. cit.*.
[923] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 265, n° 137.

responsabilité des personnes qui agissent au nom de cette société est régie par le droit suisse »[924].

542. Les propositions informelles de législation européenne de droit international privé retiennent la même approche[925]. Selon celles-ci, la responsabilité des dirigeants et associés pour violation d'obligations imposées par le droit des sociétés est régie par la loi de constitution[926]. Toutefois, le projet élaboré par le GEDIP (Groupe européen de droit international privé) sur la loi applicable aux sociétés, prévoit dans son article 7 que cette loi peut être écartée au profit de la loi du pays d'agissement effectif si la société n'a pas révélé au créancier le pays dans laquelle elle est constituée, à moins que le créancier n'ait pas connaissance de cette information en raison de sa négligence[927]. Cette disposition vise à assurer la protection des créanciers locaux.

Par ailleurs, toutes ces propositions, toujours dans un souci de protection des tiers de bonne foi, affirment que même si la capacité de contracter de la société relève normalement de la loi

---

[924] La jurisprudence suisse a estimé que cette solution ne peut en principe intervenir que si le tiers pouvait croire, de bonne foi, que la société en question était une société suisse (Tribunal fédéral, 13 juin 1994, IT. *SA et S. cl B et Bank of India*, *SJ* 1994, p. 687 ; *RSDA* 1995, p. 146 et s. ; *JDI* 1995.725).

[925] V. l'article 7 alinéa 2 du Projet de Convention sur les conflits de lois en matière de sociétés proposé par l'*International Law Association*, lors de la session d'Hambourg en 1961 (reproduit dans *Rev. crit. DIP*, 1961, p. 440) qui dispose que : *« S'agissant des autres actes illicites des organes de la société, [qui n'ont pas transgressé les dispositions du droit des sociétés], la loi du lieu où les faits ont été commis régit les trois questions mentionnées à l'alinéa 1, [c'est-à-dire si l'acte est illicite, s'il constitue un acte de la société et si la société ou l'organe social est individuellement responsable ou s'ils le sont conjointement] »*. V. aussi le projet élaboré par le GEDIP (Groupe européen de droit international privé) sur la loi applicable aux sociétés, lors de la vingt-sixième réunion du Groupe à Milan en septembre 2016, qui exclut dans son article 1 §2 a) la responsabilité civile des membres de la société vis-à-vis des tiers, en précisant en note de bas de page 7 qu'elle doit être régie par le Règlement Rome II (le projet est disponible en ligne à l'adresse : https://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/Reunion%2026/PV-Trav-Finalv4_bis.pdf). La proposition allemande de règlement unifiant le droit international privé des sociétés du février 2006 ne prévoit pas de rattachement spécial pour la responsabilité civile des dirigeants et associés vis-à-vis des tiers, mais dans un appendice au texte proposé, il est précisé que *« s'agissant de la responsabilité qui doit être envisagée en dehors du statut de la société, il y a, au départ, unanimité pour dire que cette responsabilité doit, en principe, faire l'objet d'un rattachement accessoire au statut de la société (…) Le droit des délits peut être conçu de manière à fonder la responsabilité de celui qui, par son comportement, inflige un dommage à un tiers non pas sur des obligations relevant du droit des sociétés mais sur des obligations de comportement générales dans le cadre desquelles l'opération relevant du droit des sociétés ne joue de rôle qu'en tant qu'élément de fait. (…) La commission renonce à insérer, dans sa proposition, un rattachement alternatif aboutissant au statut du délit. Elle tient, toutefois, à affirmer qu'elle ne serait pas opposée à un tel rattachement sous l'angle du droit des délits »* (v. Délibération du *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*, présentation H.-J. SONNENBERGER, traduction fr. dans *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 712 et s.).

[926] V. article 7 alinéa 1 du Projet de Convention sur les conflits de lois en matière de sociétés proposé par l'*International Law Association*, *op. cit.* ; article 3 §1 alinéas 7 et 8 de la proposition allemande de règlement unifiant le droit international privé des sociétés du février 2006, *op. cit.* ; article 5 (i) du projet élaboré par le GEDIP sur la loi applicable aux sociétés, *op. cit.*.

[927] V. article 7. – *Disclosure « A company operating in the European Union must disclose to third parties the country under the law of which the company was formed. Otherwise, any creditor of those companies may claim the liability of the persons acting on behalf of those companies, its members and directors under the law of the Member State where that person is acting, unless such creditor was aware of that information or were not aware of it as a result of his negligence ».*

d'incorporation, si la société a accompli un acte juridique dans un État autre que celui dont le droit régit son statut, cette société ne peut pas invoquer des restrictions de sa capacité juridique ou du pouvoir de représentation de ses organes, qui ne sont pas prévues pour une société de ce type par la loi en vigueur au lieu où l'acte a été accompli[928].

543. ***L'approche retenue par les propositions élaborées sur la loi applicable en matière de sociétés.*** Ces éléments permettent de démontrer que des tempéraments peuvent être prévus au rattachement purement volontaire des sociétés en matière de conflit de lois, afin de garantir une meilleure protection des tiers selon la loi du lieu d'agissement et de siège effectif de la société. Il est important de noter que les propositions élaborées sur la loi applicable en matière de sociétés dans le cadre européen affirment le principe de rattachement de la société au pays de son immatriculation[929] mais prévoient également des rattachements spéciaux dérogeant à la *lex societatis*, lesquels interviennent en tant que correctifs de protection des tiers[930] afin de préserver *« les impérativités du pays d'action effective, et plus encore celles du pays d'établissement ; notamment en cas d'établissement prépondérant, ou siège réel, travesti en succursale »*[931].

544. Le projet préparé par le GEDIP autorise aussi l'intervention des lois de police du pays de siège effectif de la société[932]. *« Ces correctifs au rattachement volontaire ou le rattachement transactionnel par le siège réel (présumé par l'indication des statuts) sont bénéfiques et envoient, aux candidats entrepreneurs, le signal : - d'une volonté politique de lutte contre les optimisations excessives et montages artificiels ; - du caractère vertueux de l'organisation juridique de l'entreprise dans son pays d'enracinement significatif »*[933].

---

[928] V. article 5 du Projet de Convention sur les conflits de lois en matière de sociétés proposé par l'*International Law Association*, *op. cit.* ; article 3 de la proposition allemande de règlement unifiant le droit international privé des sociétés du février 2006, *op. cit.* ; article 6 du projet élaboré par le GEDIP sur la loi applicable aux sociétés, *op. cit.*.

[929] V. article 2 du Projet de Convention sur les conflits de lois en matière de sociétés proposé par l'*International Law Association*, *op. cit.* ; article 2 de la proposition allemande de règlement unifiant le droit international privé des sociétés du février 2006, *op. cit.* ; article 3 du projet élaboré par le GEDIP sur la loi applicable aux sociétés, *op. cit.*.

[930] V. articles 5 et 7 alinéa 2 du Projet de Convention sur les conflits de lois en matière de sociétés proposé par l'*International Law Association*, *op. cit.* ; article 3 de la proposition allemande de règlement unifiant le droit international privé des sociétés du février 2006, *op. cit.* ; articles 6 et 7 du projet élaboré par le GEDIP sur la loi applicable aux sociétés, *op. cit.*.

[931] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 271, n° 140.

[932] Article 10. *Overriding mandatory provisions*. §3 *« Effect may be given to the law of another country in which the company has its central administration or is carrying on activities. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application »*.

[933] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 271, n° 140.

En prenant en considération tous ces éléments mentionnés à propos de la jurisprudence européenne en matière de liberté d'établissement et de l'approche adoptée par la doctrine concernant la loi applicable aux sociétés, nous allons réfléchir sur la possibilité de retenir une interprétation uniforme de la notion de siège dans le cadre de l'article 24 §2 RBI *bis*.

§3 L'interprétation uniforme de la notion de siège dans le cadre de l'article 24 §2 RBI *bis*

545. Dans la mise en œuvre de la compétence exclusive prévue par l'article 24 §2 RBI *bis*, nous pouvons retenir le critère du siège statutaire en tant que rattachement de principe, compte tenu des avantages qu'il présente et de la tendance actuelle qui consiste à rattacher les sociétés à ce critère (I). Cependant, ce rattachement de principe doit être assorti d'une exception en cas de dissociation fictive des sièges statutaire et réel afin de sanctionner la fraude (II).

I. Le rattachement de principe par le siège statutaire

546. ***La compétence exclusive du juge du siège statutaire***. Il ressort des développements précédents que de nos jours, la société se rattache désormais plus fortement au siège social statutaire plutôt qu'au siège réel. En effet, comme nous l'avons déjà souligné[934], le critère formel d'immatriculation présente l'avantage de la certitude, de la prévisibilité et de la stabilité, en raison de la dématérialisation que subit le siège réel du fait de la mondialisation. Il doit, alors, constituer le critère de principe aussi bien en matière de conflit de lois et de compétence juridictionnelle.

Cette constatation pourrait jouer un rôle dans la mise en œuvre de la compétence exclusive prévue par l'article 24 §2 RBI *bis*. Il est possible de considérer que cette disposition attribue compétence au seul juge de l'État membre où se situe le siège statutaire de la société, ce qui éviterait tout conflit positif ou négatif de compétences et permettrait de désigner un juge unique doté d'une compétence exclusive. Par conséquent, en cas de dissociation des sièges statutaire et réel, le juge du lieu de l'immatriculation sera, en principe, exclusivement compétent lorsque le litige porte à titre principal sur la validité de la société ou d'une décision prise par ses organes.

Dans le cadre d'un tel litige, la loi normalement applicable sera celle du pays de constitution, puisque l'organisation de la personne morale est régie par cette dernière. Le prononcé des

[934] *Ibid*.

sanctions de la constitution irrégulière de la société, comme son annulation, relèvent, en effet, de la *lex societatis*. Comme nous l'avons mentionné, la Cour de cassation a affirmé dans son arrêt *Artifax Trading*[935] que la loi de constitution s'applique, en principe, à la fictivité de la société et/ou de son objet social – il convient de préciser que la fictivité de la société peut déclencher en tant que sanction la nullité de l'entité.

II. La limite naturelle de la fraude

547. La fraude en droit des sociétés apparaît notamment en cas de dissociation artificielle des sièges statutaire et réel (A). Il serait intéressant de mentionner l'approche de la jurisprudence française en cas de siège statutaire fictif (B).

A. La manifestation de la fraude en cas de dissociation fictive des sièges statutaire et réel

548. ***La prise en compte de la fraude dans la mise en œuvre de l'article 24 §2***. Il faut, néanmoins, se demander si le critère du siège statutaire ne devrait pas souffrir de certaines exceptions, et notamment en cas de fraude. Il est vrai que la théorie de l'incorporation fait preuve d'un libéralisme démesuré en raison de l'absence de toute exception qui la caractérise alors que la sanction de toute dissociation entre sièges statutaire et réel qui définit la théorie du siège réel manifeste une rigidité excessive. Il faudrait s'orienter vers une solution intermédiaire.

Ainsi que le constate M. Menjucq, *« la volonté des fondateurs lors de la constitution de la société doit avoir une place prépondérante dans le rattachement de la société car elle correspond aux besoins résultant de la mondialisation et la complexification des structures de groupes de sociétés. La détermination du siège réel devient de plus en plus difficile aujourd'hui, dans la mesure où les sociétés peuvent exercer une activité dans plusieurs pays. Toutefois, cette volonté ne saurait être sans limite, la fraude à la loi et aux droits des tiers représentant une limite naturelle »*[936].

549. Dans ces conditions, la limite naturelle de la fraude doit pouvoir être prise en compte dans la mise en œuvre de l'article 24 §2 RBI *bis*. Autrement dit, cette disposition pourrait être

[935] Cass. com. 21 oct. 2014, *Artifax Trading* n° 13-11.805, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 541, note L. D'AVOUT, *D.* 2015, p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE.
[936] M. MENJUCQ, « La notion de siège social : une unité introuvable en droit communautaire et en droit international », *Mél. J. Béguin, Litec*, 2005.

conçue comme se référant au seul siège statutaire sous réserve de la fraude, compétence revenant en ce cas au juge du siège réel. La réserve de la fraude doit être élargie et précisée, en ce sens qu'il faudrait réinsérer la fraude à la loi mentionnée par la CJUE en matière de liberté d'établissement dans l'arrêt *Centros* mais absente des arrêts postérieurs, et préciser la fraude aux droits des tiers évoquée dans l'arrêt *Centros* et *Inspire Art*[937].

Selon L. d'Avout, il est possible de transposer en matière sociétaire la jurisprudence communautaire adoptée sur le terrain voisin de la fiscalité de groupes internationaux de sociétés, qui, faisant preuve d'une plus grande prudence, prévoit que chaque État membre peut lutter contre *« les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'État membre concerné (…) et ceci, dans le but de justifier les légitimes résistances étatiques aux pratiques visant, pour un commerce exclusivement local, à contourner les formes sociétaires nationales au profit de formes étrangères plus avantageuses »* [938].

550. ***La dissociation artificielle des sièges statutaire et réel***. Plus précisément, la fraude en droit des sociétés apparaît surtout en cas de disparité fictive des sièges statutaire et réel de la société, c'est-à-dire lorsque la disparité entre le lieu de l'incorporation et le lieu d'implantation réelle répond à un objectif exclusif de fraude, consistant à rattacher la personne morale à un État auquel ne la relie aucun lien effectif afin de la soustraire à la loi du lieu du siège réel. Cette observation ne doit pas laisser inaffectée l'application de la compétence exclusive prévue par l'article 24 §2 RBI *bis*.

L'hypothèse principalement visée est celle où un associé ou un tiers intéressé agit, devant le juge du lieu du siège réel, en nullité d'une société constituée à l'étranger alléguant sa fictivité. Normalement, face à une telle situation, l'article 24 §2 doit être interprétée en ce sens qu'il attribue compétence exclusive au juge du lieu de constitution, qui appliquera sa propre loi. Cependant, cette solution n'est pas toujours satisfaisante, car elle *« semble suggérer qu'une installation artificielle à l'étranger d'une structure sociétaire pourrait être, de ce fait,*

[937] *Ibid*.
[938] CJCE 12 sept. 2006, *Cadburry Schweppes*, aff. C-196/04, *D.* 2007, p. 2562, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE.

inattaquable si la lex societatis étrangère ne permet de déceler aucun vice (fictivité, fraude, abus…) »[939].

551. ***La distinction proposée par L. d'Avout***. Dans ces circonstances, il serait intéressant de prendre en considération une distinction proposée par L. d'Avout[940] concernant l'objet de la fraude ou du constat de fictivité permettant de déterminer l'étendue de la compétence exclusive. Si cet objet porte sur une condition de validité de la société, par exemple les apports ou l'objet social, la compétence exclusive du juge du siège statutaire doit jouer et la sanction des causes d'illicéité doit être régie par la loi de constitution.

En revanche, si l'objet de la fraude ou de la fictivité est constitué du critère de rattachement, c'est-à-dire du siège statutaire, *« la fictivité fait même échec à l'exclusivité de la compétence internationale des juges du siège statutaire »*[941] rendant compétent le juge du lieu du siège réel, qui appliquera sa propre loi, si la *lex societatis* étrangère ne permet de déceler aucun vice. « *La fictivité, appliquée au critère du siège social, permet de rapatrier sous l'empire du droit local et devant les juges du for, les sociétés artificiellement expatriées »*[942]. Si nous laissons à la loi étrangère de constitution de la société le soin de caractériser la fictivité de l'élément servant de critère de rattachement et assurer la sanction, sans prévoir des tempéraments, cela représente *« une avancée libérale pouvant rendre plus difficile la détection et la sanction des cas de contournement du droit local des sociétés »*[943], lorsque le siège réel est situé ailleurs.

Si la fictivité alléguée porte, alors, sur le siège statutaire, le juge du lieu de l'agissement effectif de la société pourra connaître du litige et prononcer le cas échéant la nullité de la société en application de la loi locale, dans le but de sanctionner la fraude. Nous ne pouvons pas nier le titre de compétence dont dispose le juge du lieu du siège réel, étant donné que la société développe toute son activité sur son État. Comme l'a souligné M. Menjucq à propos de l'arrêt

---

[939] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 221, note 436. Cette critique est formulée par l'auteur à propos de l'arrêt *Artifax Trading*, selon lequel la loi de constitution s'applique, en principe, à la fictivité de la société et/ou de son objet social (Cass. com. 21 oct. 2014, *Artifax Trading* n° 13-11.805, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 541, note L. D'AVOUT, *D.* 2015, p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE).

[940] L. D'AVOUT, « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 541 ; L. D'AVOUT, « Fictivité de société et compétence exclusive du juge du siège social », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 537.

[941] L. D'AVOUT, « Fictivité de société et compétence exclusive du juge du siège social », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 537, n° 4.

[942] *Ibid*.

[943] L. D'AVOUT, « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 541, n° 2.

Centros – selon lequel le juge de l'État du siège réel peut prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, à l'égard de la société elle-même, en coopération avec l'État membre dans lequel elle est constituée – la seule sanction envisageable à l'encontre de la société est son annulation[944].

552. ***La coopération entre l'État membre du siège réel et celui du siège statutaire***. Dans ce cas, la coopération entre les deux États est indispensable, dans la mesure où la décision du juge du siège réel aura forcément un impact dans l'État membre de constitution en raison de l'existence dans ce dernier du registre national dans lequel la société est immatriculée. La mise en place par la directive 2012/17/UE d'un dispositif imposant aux États membres de relier électroniquement leurs registres du commerce et des sociétés permettra au juge du siège réel d'avoir accès au registre étranger et saisir l'autorité appropriée. Il est souhaitable qu'un dialogue s'instaure afin que l'autorité puisse vérifier le bien-fondé de la décision étrangère avant de la prendre en compte. Ainsi que nous l'avons précisé précédemment[945], la décision du juge statuant sur l'existence de la société doit avoir un effet *erga omnes* ; la limitation des effets de la décision entre les parties au litige présente des inconvénients sérieux, dans la mesure où la société peut être considérée comme nulle *inter partes* mais valable à l'égard des tiers, ce qui n'est pas cohérent.

553. ***L'extension de la solution dans les relations avec les États tiers***. Cette solution pourrait aussi être adoptée si la société en cause a son siège statutaire dans un État tiers et si on admet l'effet réflexe de l'article 24 §2 RBI *bis*. Dans cette hypothèse, il faudrait reconnaître la compétence exclusive du juge du siège statutaire, à condition que le droit international privé de l'État tiers en question investisse effectivement ses juridictions d'une telle compétence exclusive. Cependant, si le siège réel de la société est situé dans un État membre et il y a dissociation artificielle entre le lieu d'immatriculation et le lieu d'implantation réelle de la personne morale, le juge de l'État membre doit pouvoir connaître du litige portant sur l'existence de la société, lorsqu'il est allégué la fictivité du siège statutaire. Le juge du lieu du siège réel appliquera sa propre loi et la coopération avec l'État de constitution est indispensable afin d'assurer la prise en compte de sa décision dans ce dernier.

[944] M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *D.* 1999 p. 550.
[945] V. *supra*, n° 341.

554. ***La responsabilité des dirigeants sociaux liée aux décisions prises par les organes de la société***. Par ailleurs, si l'objet principal du litige porte sur la validité d'une décision prise par les organes de la société, il faut considérer que l'article 24 §2 RBI *bis* désigne en tant que juge exclusivement compétent celui du siège statutaire, qui appliquera sa propre loi. Il faudrait, néanmoins, réserver l'hypothèse où il y a disparité artificielle des sièges statutaire et réel de la personne morale et un tiers de bonne foi, ignorant que la société est constituée à l'étranger, soulève devant le juge du siège réel une action en responsabilité des dirigeants sociaux *« liée à la conduite des affaires sociales (violation de la loi, violation des statuts, faute de gestion) c'est-à-dire à des décisions prises dans le cadre des fonctions de dirigeants »*[946]. Dans ce cas, il faut reconnaître la compétence de ce juge[947], qui pourrait, à l'instar de la proposition élaborée par le GEDIP, écarter la loi d'incorporation au profit de la loi du pays d'agissement effectif, dans le but de protéger les créanciers locaux[948].

555. ***Le rattachement dual des sociétés : conséquence inéluctable***. Il ressort de ce qui précède que le statut de la société n'est pas unitaire, mais comme l'a remarqué L. d'Avout, le statut des sociétés *« était naguère conçu pour être unitaire et harmonieux (…) ; il devient fractionné, en tout cas pour les sociétés dont les fondateurs entendent faire un usage maximisé de la liberté d'implantation du siège statutaire. Le rattachement dual des sociétés, principal à la loi du siège statutaire et auxiliaire à la loi du siège réel, complique la tâche de ceux qui souhaitent consciemment dissocier les deux facteurs de localisation de leur société. Source indéniable de complication, la dualité des rattachements est justifiée par la défense des intérêts généraux de l'État dont la compétence normative de principe est éludée »*[949].

Le même constat s'impose aussi en matière de conflit de juridictions dans le cadre de l'article 24 §2 RBI *bis*. Le rattachement de principe est celui du siège statutaire mais en cas de

---

[946] D. COHEN, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 585, n° 46.

[947] Selon D. Cohen (D. COHEN, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé », *op. cit.*, n° 47), la règle alternative de compétence en matière délictuelle peut jouer, s'agissant de l'action en responsabilité exercée par un tiers à la société ; la responsabilité pourrait être recherchée à partir d'un fait délictuel du dirigeant, lequel, en cas de dissociation fictive des sièges statutaire et réel, est normalement situé dans le pays d'agissement effectif de la société.

[948] Comme nous l'avons mentionné, si la responsabilité civile des dirigeants sociaux ne concerne pas la violation des obligations relevant du droit des sociétés, elle est régie par la *lex loci delicti*, laquelle, en cas d'immatriculation artificielle de la société dans un État où elle n'exerce aucune activité, correspond à la loi du siège réel. La règle de compétence en matière délictuelle pourrait jouer dans une telle hypothèse (v. D. COHEN, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé », *op. cit*., n° 47).

[949] L. D'AVOUT, « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *op. cit.*, n° 12.

dissociation artificielle des sièges statutaire et réel et lorsque la fictivité porte sur le critère de rattachement de principe, il faut admettre la possibilité de saisir le juge du siège réel en invoquant l'application de sa loi afin de statuer sur la validité de la société. Ce procédé dérogatoire a pour but de lutter contre la fraude et est similaire à celui mis en place en matière d'insolvabilité. En effet, comme nous l'avons expliqué, en matière d'insolvabilité, le juge compétent est celui du siège statutaire, en tant que juge du lieu du centre des intérêts principaux de la société – ce dernier est présumé être le lieu du siège statutaire. Toutefois, en cas de discordance des sièges statutaire et réel, le centre des intérêts principaux correspond au lieu du siège réel de la société permettant ainsi au juge de ce lieu d'ouvrir la procédure principale d'insolvabilité.

556. Il est vrai que cette solution ne semble pas satisfaisante, si nous prenons en compte le fait qu'aujourd'hui les sociétés peuvent avoir des activités fortement internationales ; la détermination du siège réel peut, alors, être une tâche épineuse. C'est la raison pour laquelle certains auteurs proposent le recours aux clauses attributives de juridiction ou aux clauses d'arbitrage figurant dans les statuts de la société pour les litiges visés à l'article 24 §2 RBI *bis* relatifs à l'organisation de celle-ci[950]. Cependant, l'élection de for *« serait inapte à s'imposer pour des demandes de nullité introduites par des tiers, non signataires des statuts, voire par une autorité publique dans l'intérêt général »*[951]. En vertu de l'effet relatif des conventions, les clauses statutaires de règlement des conflits ne peuvent pas avoir de force obligatoire à l'égard des tiers.

557. ***La question de l'inopposabilité de la société***. Enfin, il convient de préciser que si le tiers à la société allègue sa fictivité en invoquant le bénéfice de l'inopposabilité de la personne morale, il faut considérer qu'il s'agit d'une sanction ponctuelle, non structurelle du vice du fraude[952], qui n'est pas visée par l'article 24 §2, lequel fait référence aux sanctions intrinsèques des défauts de constitution de la société, à savoir sa nullité. Par conséquent, la compétence

---

950 V. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI 2006, t. 323, n° 88. L'auteur propose qu', *« enfin, si toute la raison d'être du for exclusif en matière de sociétés s'appuie sur la nécessité et la convenance de ne compter qu'avec un seul tribunal compétent, il semble fort évident que la même finalité peut être réalisée à travers l'élection de ce tribunal par les parties de la relation sociétaire qui, en outre, éviterait ainsi toutes les complications liées à la détermination du siège »*. Cette proposition est justifiée d'après C. Kleiner (v. C. KLEINER, « Le transfert de siège social en droit international privé », n° 23, *JDI* n° 2, avril 2010, 4, note 46).

951 L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux des lois*, p. 250, note 494.

952 En ce sens, L. D'AVOUT, « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *op. cit.*, n° 14.

exclusive du juge du siège statutaire ne peut pas jouer et en cas de dissociation artificielle entre le siège statutaire et le siège réel, le juge de ce dernier peut s'estimer compétent.

La sanction de l'inopposabilité n'est pas nécessairement régie par la loi du pays de constitution de la société. En effet, ainsi que le souligne L. d'Avout[953], il faut distinguer selon que l'objet de la fraude ou le constat de fictivité concerne une condition de validité de la société ou le siège statutaire. Dans le premier cas, il convient d'appliquer la loi de constitution alors que dans le second, la sanction peut être soumise à la loi du pays du siège réel. Cette approche nous paraît justifiée, mais il est permis de se demander si le prononcé de l'inopposabilité de la société étrangère ne revient pas finalement à admettre la nullité *inter partes* de la structure. Or, comme nous l'avons déjà relevé, il est incohérent de raisonner de cette manière ; une décision statuant sur l'existence d'une société doit avoir un effet *erga omnes*, sinon la personne morale peut être considérée comme nulle dans les relations entre les parties au litige mais valable à l'égard des tiers.

B. La jurisprudence française en cas de siège statutaire fictif

558. ***L'arrêt Artifax Trading.*** En droit français, la solution retenue dans l'arrêt *Artifax Trading*, selon laquelle la loi du lieu d'immatriculation s'applique à la fictivité de la société paraît, ainsi, contestable, puisqu'elle ne réserve pas l'hypothèse où la fictivité porte sur le siège statutaire étranger alors que le siège réel est situé en France. Néanmoins, la jurisprudence antérieure avait laissé entendre qu'en cas de siège statutaire fictif, le juge français pourrait statuer sur la validité de la société étrangère.

559. ***La jurisprudence antérieure***. Dans l'affaire *Jouvente Ltd*[954], une société constituée à Jersey avait été assignée devant le juge français pour occupation illicite du domaine public maritime en France. Le juge a reconnu la personnalité juridique de la société conformément au

---

[953] *Ibid.*, n° 5. L'auteur remarque, à propos de l'hypothèse d'une société constituée à l'étranger dont le siège réel est situé en France, que *« la personne morale étant intacte, le for français doit être libre de sanctionner en nature la tentative de lésion des intérêts d'un tiers ou du public. Qu'une société étrangère, fictive ou frauduleuse, car constituée pour des motifs exclusivement fiscaux, soit déclarée inopposable au fisc français n'implique pas, si la société est originaire de l'étranger, d'isoler une question préalable de validité de la personne morale appréciée selon le droit étranger. (…) Rien n'interdit en revanche, comme y invitent les solutions européennes, à reconnaître en principe la personne morale formellement constituée à l'étranger, mais à la déclarer ponctuellement inopposable après s'être assuré de la solidité des intérêts qui commandent le prononcé d'une telle sanction ».*

[954] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 238, note 468 ; *Rev. crit. DIP*, 1982, p. 81 ss, note P. MAYER.

droit étranger et ne s'est pas estimé compétent pour statuer sur sa validité, étant donné qu'elle avait, à Jersey, un siège statutaire, mais aussi réel et effectif au sens du droit français. Nous pouvons, alors, considérer qu' *« a contrario, si le siège statutaire avait été jugé fictif, les juridictions françaises auraient probablement statué sur la validité et l'opposabilité en France de l'être moral »*[955]. En outre, dans l'arrêt *Baltic shipping*[956], la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond d'avoir retenu la nullité pour fictivité d'une société chypriote, en application du droit français, sans tenir compte du droit étranger du pays de constitution. La fictivité a été *« associée au régime qui est le sien en droit français, à savoir une nullité exclusive de toute inexistence et produisant des effets non rétroactifs »*[957].

560. ***La question de la fictivité soulevée à titre incident***. Il convient de rappeler que, plus récemment, le juge français a accepté de se prononcer à titre incident sur la question de la fictivité d'une société constituée à l'étranger, sans violer la compétence exclusive du juge du siège social, puisque cette dernière vise seulement les demandes ayant « pour objet principal » d'affecter la personnalité morale d'une société[958]. Cette solution permet pratiquement à un juge autre que celui du siège d'anéantir la personne morale constituée à l'étranger, dans la mesure où la fictivité peut conduire à la nullité.

Nous avons expliqué auparavant[959] la démarche que le juge doit suivre dans le cas où une telle demande est invoquée de manière incidente en cours du litige – la compétence exclusive ne peut, en effet, jouer que lorsque la question visée par l'article 24 RBI *bis* est posée à titre principal. Quant à la loi applicable, il faudrait prendre en compte la distinction proposée par

---

955 L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit*., p. 238, note 468.

956 Com. 22 juin 1999, n° 98-13.611, Bull. n° 136, *D*. 2000. 389, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *ibid*. 234, obs. J.-C. HALLOUIN ; *Rev. sociétés* 1999. 824, note A. CONSTANTIN ; *RTD com*. 1999. 875, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *ibid*. 903, obs. Y. REINHARD ; *Rev. Joly sociétés* 1999. 978, note A. COURET ; DMF 2000. 535, note P. BONASSIES.

957 L. D'AVOUT, « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 541, n° 7. L'auteur explique que l'arrêt *Baltic shipping* n'était pas isolé. *« Dans un arrêt de 1994 [Com. 5 juill. 1994, n° 92-18.946 (contentieux des faillites)], demeuré inédit, une proclamation de fictivité avait été avalisée sans référence au droit du pays étranger de constitution. On lit ainsi, en termes explicites : « que l'arrêt constate [...] que le centre réel des affaires traitées par M. Z..., qui se présente comme agissant pour une société Franc Hout BV, se situe à Malguénac où l'entreprise est exploitée matériellement et a sa direction commerciale, et dont le siège déclaré aux Pays-Bas est purement fictif ; (...qu'il) a retenu à bon droit que la société était inexistante au regard de la loi de la France, État sur le territoire duquel s'exerçait réellement l'activité de M. Z... » ».*

958 Civ 1re, 9 septembre 2015, n° 14-12. 658, *Petrona Tower*, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 537, note L. D'AVOUT, *D*. 2016, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; Civ. 1re, 4 mai 2017, n° 16-12.853, *Société Euroinvest intermed c/ société Compagnie européen de gestion immobilière et services*, *D*. 2017, p. 2061, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *Bull. Joly Sociétés* 2017, p. 539, note M. MENJUCQ ; Civ 1re 11 avril 2018 aff. 16-24653, *D*. 2018, p. 1938 bs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE, *BJS* juin 2018, p. 330, note Th. MASTRULLO (v. *supra*, n° 127).

959 V. *supra*, n° 337 et s..

L. d'Avout, selon que la fictivité alléguée porte sur une condition de validité de la société ou sur le siège statutaire, en cas de dissociation entre les sièges statutaire et réel.

561. Dans la première hypothèse, la loi applicable est celle du pays de constitution. Comme nous l'avons souligné[960], le juge compétent au fond dispose d'une marge d'appréciation : il peut statuer sur la question incidente s'il considère que celle-ci ne soulève pas une difficulté sérieuse ; dans le cas contraire, il va surseoir à statuer et accorder un délai aux parties pour saisir le juge du siège statutaire ou poser directement une question préjudicielle auprès de celui-ci. S'il décide de se prononcer sur la question, il est possible d'envisager dans le cadre européen la mise en place d'un mécanisme fondé sur la coopération entre les États membres, en incitant le dialogue entre les juridictions, pour que le juge compétent au fond puisse consulter l'avis de son homologue, lorsque la mise en œuvre de la loi étrangère s'avère être une tâche difficile. Ce mécanisme permettra finalement d'assurer la bonne application de la loi étrangère, afin de garantir la possibilité de reconnaissance et d'exécution du jugement étranger dans l'État membre du siège statutaire[961].

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsque la fictivité porte sur le siège statutaire de la société et il y a disparité entre le lieu d'incorporation et le lieu d'activité effective, c'est la loi du siège réel qu'il faut appliquer si la *lex societatis* ne permet de déceler aucun vice. Ainsi que nous l'avons mentionné, la fictivité, ici, fait même échec à l'exclusivité de la compétence du juge du siège statutaire. Dans ce cadre, il est souhaitable que le juge compétent au fond – s'il n'est pas celui du pays d'implantation réelle de la société – puisse coopérer et instaurer un dialogue avec son homologue du lieu du siège réel, afin de garantir la bonne application de la loi étrangère ainsi qu'avec le juge de l'État membre d'immatriculation, puisque sa décision aura un impact sur ce dernier.

[960] *Ibid*.
[961] Nous avons expliqué que la décision du juge sur la question incidente doit avoir un effet *erga omnes*, la limitation des effets de la décision entre les parties au litige présente des inconvénients sérieux ; la société peut être considérée comme nulle *inter partes* mais valable à l'égard des tiers, ce qui n'est pas cohérent (v. *supra*, n° 342 et s.).

Conclusion du Chapitre III

562. Dans le cadre de ce chapitre, nous avons étudié les hypothèses des conflits de compétences exclusives et les solutions envisageables. Si la compétence du juge du for se fonde sur le droit européen, la solution retenue est celle de la litispendance (article 31 §1 RBI *bis*), ce qui est contestable, puisqu'une telle solution milite contre l'invocation de l'exclusivité. Toutefois, la CJUE, dans son arrêt *Scherrens* rendu en matière immobilière, s'éloigne de cette approche fondée sur le critère chronologique, et semble adopter une démarche différente centrée sur les intérêts respectifs de chacun des deux États en conflit en reconnaissant la compétence exclusive du juge de l'État le plus impliqué. Lorsque la compétence du for se fonde sur le droit national, la méthode de la balance des intérêts respectifs paraît adéquate afin de résoudre un éventuel conflit de compétences exclusives – manifesté surtout en matière de concurrence.

L'hypothèse de conflit de compétences exclusives en droit européen se rencontre surtout en matière de sociétés (article 24 §2 RBI *bis*) en raison de l'interprétation divergente dont fait l'objet le critère de rattachement choisi, à savoir le siège social au sein des droits nationaux – certains consacrant le critère du siège réel, d'autres le critère du siège statutaire. Ainsi, les cas de conflit de compétences exclusives ne sont pas exclus en cas de disparité entre le siège statutaire et le siège réel de la société.

Nous avons essayé de parvenir à une notion unitaire de siège social dans le cadre de l'article 24 §2 en prenant en considération d'une part, la jurisprudence européenne en matière d'établissement, qui est susceptible faire évoluer le droit international privé des États membres en matière de rattachement des sociétés et d'autre part, l'approche retenue par la doctrine concernant l'harmonisation au niveau européen de la loi applicable en matière de sociétés.

563. Ces éléments nous ont permis de constater qu'il faudrait retenir le critère du siège statutaire en tant que rattachement de principe dans la mise en œuvre de la compétence exclusive prévue en matière de sociétés, compte tenu des avantages qu'il présente et de la tendance actuelle qui consiste à rattacher les sociétés à ce critère. Cependant, ce rattachement de principe doit être assorti d'une exception en cas de dissociation fictive des sièges statutaire et réel afin de sanctionner la fraude, compétence revenant en ce cas au juge du siège réel. L'hypothèse visée est celle où un associé ou un tiers intéressé agit, devant le juge du lieu du

siège réel, en nullité d'une société constituée à l'étranger alléguant la fictivité de son siège statutaire.

Conclusion de la Partie II

564. La deuxième partie de notre thèse est consacrée à l'étude des problèmes qui surgissent lors de la mise en œuvre des règles de compétence exclusive établies en matière civile et commerciale.

Nous avons, dans un premier temps, examiné les difficultés que soulève la portée des compétences exclusives prévues à l'article 24 RBI *bis* en présence de demandes invoquées en cours d'instance. Plus précisément, nous avons examiné l'hypothèse où des demandes non couvertes par l'article 24 sont formées au cours du procès devant le juge exclusivement compétent, ainsi que celle où le juge compétent au fond est appelé à statuer sur une question incidente relevant de cet article. Pour les deux hypothèses, nous avons proposé des solutions souples laissant au juge saisi une marge de manœuvre à propos de la question de savoir s'il peut connaître de la demande incidente, dans la mesure où le morcellement du contentieux peut entraîner des lenteurs et des complications dans la procédure en cours, nuisant à la bonne administration de la justice.

565. Ensuite, on s'est intéressé à la prise en compte des compétences exclusives des États tiers en droit national et en droit européen. Quant à la prise en considération de telles compétences en droit national, une méthode flexible laissant au juge le soin d'apprécier l'opportunité de son dessaisissement nous semble souhaitable. En droit européen, nous nous rallions à la thèse favorable à l'adoption de la théorie de l'effet réflexe mais avec certaines adaptations, afin d'éviter le renvoi absolu au droit national du for que préconise cette théorie afin de déterminer le régime du dessaisissement.

566. Nous avons, enfin, étudié l'hypothèse de conflit de compétences exclusives qui se manifeste surtout en droit européen en matière de sociétés – article 24 §2 RBI *bis* – à cause de l'interprétation divergente dont fait l'objet le critère de rattachement choisi, à savoir le siège social. En effet, le conflit de compétences exclusives n'est pas exclu en cas de disparité des sièges statutaire et réel de la société. Compte tenu de la tendance actuelle qui consiste à rattacher les sociétés au critère du siège statutaire, nous avons proposé de retenir celui-ci en tant que

rattachement de principe dans la mise en œuvre de l'article 24 §2 RBI *bis*, en réservant l'hypothèse où il y a dissociation fictive des sièges statutaire et réel. Dans ce cas, il faut reconnaître la compétence du juge du siège réel, afin de sanctionner la fraude, lorsque la fictivité alléguée porte sur le siège statutaire.

Il convient, à présent, d'examiner la façon dont les règles de compétence exclusive sont traitées aujourd'hui, avant d'explorer les solutions alternatives, qui peuvent être proposées, afin d'échapper à l'exclusivité en matière de compétence juridictionnelle.

PARTIE III

LE TRAITEMENT ACTUEL DES COMPÉTENCES EXCLUSIVES ET LA RECHERCHE DES SOLUTIONS ALTERNATIVES

567. Dans cette dernière partie nous allons analyser, dans un premier temps, certains éléments importants qui révèlent la manière dont sont traitées de nos jours les règles de compétence exclusive en droit national, ainsi que dans le cadre international, en nous intéressant notamment aux signes d'assouplissement de ce type de règles (Chapitre I). Dans un second temps, nous allons étudier les solutions alternatives fondées sur la coopération entre les juridictions nationales, lesquelles peuvent être suggérées dans le but d'organiser différemment la compétence juridictionnelle sans passer forcément par l'exclusivité (Chapitre II).

Chapitre I - L'assouplissement des règles de compétence exclusive

568. ***Rappel – identification des compétences exclusives dans les droits nationaux***. Avant d'entrer dans les détails, il convient de rappeler, concernant l'identification des compétences exclusives en matière civile et commerciale, qu'il faut distinguer entre les droits de tradition civiliste et les droits de *common law*[962].

569. ***Les droits de tradition civiliste***. Parmi les droits de tradition romano-germanique, nous avons étudié le droit français, dans lequel il n'y a pas de principe directeur bien défini permettant d'identifier les cas de compétence exclusive, mais l'exclusivité de la compétence française dépend des objectifs poursuivis par la règle de compétence qu'il faut mettre en œuvre.

En effet, en droit français, il n'existe pas d'exemples de compétence nationale expressément posée comme exclusive par le législateur ; c'est la jurisprudence qui est intervenue afin de reconnaître la compétence exclusive du juge français en raison d'un intérêt public qui est en cause, surtout dans les hypothèses où le fonctionnement des services publics français est en jeu.

[962] V. *supra*, n° 22 et s..

Ainsi, les tribunaux français sont exclusivement compétents en matière réelle immobilière[963], pour mettre en œuvre des mesures d'exécution en France[964], pour procéder à la rectification d'actes d'état civil français[965], pour statuer sur la validité d'un brevet français[966] ou pour connaître d'une action en contrefaçon d'une marque française[967].

Le droit français procède aussi à la bilatéralisation des chefs de compétence exclusive du for en mettant en place des règles d'incompétence absolue des tribunaux nationaux, lorsque la compétence du juge étranger apparaît exclusive à l'aune des règles du for[968]. Nous avons expliqué que cette approche ne semble pas très satisfaisante, dans la mesure où elle se contente de projeter les conceptions françaises de façon catégorique, sans consulter véritablement le droit étranger et vérifier que ce dernier donne effectivement compétence exclusive à son juge.

Toutefois, d'autres droits de tradition civiliste prévoient de façon expresse des compétences exclusives dans certains domaines relevant de la matière civile et commerciale, c'est le cas par exemple des droits allemand, espagnol, grec ainsi que des droits nationaux de certains États tiers à l'UE[969].

---

[963] CA Paris, 23 thermidor an XII (juillet 1804) : Sirey an XII. II. 212. La jurisprudence a aussi admis la compétence exclusive du juge français pour connaître des actions successorales portant sur des immeubles situés en France : Cass. Req., 10 novembre 1847, *DP* 1848.38, S. 1848.1.52 ; Cass. civ., 22 mars 1865, *DP* 1865.1.127, *S*. 1865.1.175 ; Paris, 25 oct. 1952, *D.* 1954. 255, note Y. LOUSSOUARN ; Civ. 14 mars 1961, *Rev. crit. DIP* 1961. 774, note BATIFFOL ; Paris, 17 févr. 1993, *Gaz. Pal*. 1994. 1. 359, note RENARD. La compétence exclusive du juge du lieu de situation de l'immeuble en matière réelle immobilière est aujourd'hui reconnue expressément à l'article 44 du Code de procédure civile étendu à l'ordre international.

[964] Civ. 23 mars 1868, *Recueil Sirey* 1868. 1. 328, Civ. 12 mai 1931 *Compagnie française de navigation Cyprien Fabre*, *DP* 1933. 1. 60, note SILZ, sol. Impl : le juge français a refusé de statuer sur la demande en nullité ou en mainlevée d'une saisie-arrêt ordonnée par un juge étranger relativement à un bien situé à l'étranger.

[965] Civ. 20 février 1901 *S.* 1902. 1. 281, note AUDINET ; *JDI* 1901. 571.

[966] Civ. 21 janvier 1936, *Rev. crit. DIP* 1936. 510, note J.-P. NIBOYET.

[967] TGI Seine, 2 mars 1963, *JDI* 1964. 321, obs. SIALELLI.

[968] V. *supra*, n° 351 et s. Selon l'arrêt *Weiss* (Civ. 1re 27 mai 1970, *Weiss*, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 113, note H. BATIFFOL), le juge français est incompétent, même en vertu des articles 14 et 15 du Code civil, lorsque l'immeuble est situé à l'étranger ou lorsque le litige porte sur des mesures d'exécution pratiquées à l'étranger ; ces dispositions ne peuvent s'appliquer aux *« actions réelles immobilières et demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger »*, ainsi qu'aux *« demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France »*. L'arrêt *Nagalingampoullé* (Civ. 5 juill. 1933, *Nagalingampoullé*, *S.* 1934. I. 337, note NIBOYET ; *D.* 1934. I. 133, note SILZ) a également énoncé la règle d'incompétence absolue des juridictions françaises à propos de la dévolution successorale des immeubles situés à l'étranger.

[969] V. *supra*, n° 25. Nous avons mentionné – après avoir consulté le tableau comparatif établi par le Bureau Permanent de la Conférence de la Haye en janvier 2015 sur les règles de compétence internationale directe et indirecte édictées dans les droits nationaux d'un certain nombre d'États – les droits nationaux de certains États extérieurs à l'UE, qui prévoient des compétences exclusives en faveur du juge national en matière immobilière (Argentine, Corée, Costa Rica, Russie, Serbie), en matière de propriété intellectuelle (Argentine, Japon, Corée, Russie), en matière de sociétés (Japon, Corée, Russie) et de validité des inscriptions sur des registres publics (Argentine, Japon, Corée, Russie), ainsi qu'en matière de faillites (Brésil, Serbie). Le tableau précité du Bureau Permanent de la Conférence de la Haye est disponible en ligne à l'adresse : https://assets.hcch.net/docs/03c39e9f-878b-400d-a359-e70b7937edde.pdf

570. ***Les droits de common law***. Quant aux droits de *common law*, il faut rappeler qu'en droit anglais il n'y a pas de règles de compétence exclusive expressément prévues en matière civile et commerciale. En vertu de la doctrine du *forum non conveniens*, le juge anglais a la faculté de se dessaisir s'il ne se considère pas bien placé pour connaître du litige. En outre, il refuse de prendre en compte des facteurs d'intérêt public dans le cadre de cette doctrine. La prise en considération des intérêts étatiques du for reste, pourtant, possible, puisque le juge anglais, saisi d'un litige mettant en cause de tels intérêts, n'a aucune raison de se déclarer *forum non conveniens*, étant donné qu'il est considéré comme le juge ayant les liens les plus étroits avec le litige[970]. Si, au contraire, le différend porte sur une matière teintée de considérations d'intérêt général d'un État étranger, il existe des règles qui limitent la compétence internationale du juge anglais en le privant de *subject matter jurisdiction* et en l'obligeant de se dessaisir[971].

À la différence du droit anglais, le droit américain accorde un rôle important à la protection des intérêts étatiques dans le cadre de la doctrine du *forum non conveniens*[972]. Cependant, le juge américain ne recourt pas à la technique des compétences exclusives afin de refuser son dessaisissement, lorsque le litige met en cause un intérêt fondamental du for, mais il utilise la méthode de la balance des intérêts étatiques, en comparant les intérêts respectifs de l'État du for et de l'État étranger à trancher le litige, ou le mécanisme du *forum non conveniens*[973].

Il est aussi intéressant de rappeler que même si le différend porte sur un intérêt américain fondamental, le juge national n'est pas toujours obligé de renoncer au déclinatoire de compétence. S'il est saisi en violation d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause

---

[970] C'est par exemple le cas lorsque le juge anglais est saisi d'une action réelle portant sur un immeuble situé en Angleterre (v. sur ce point, la partie consacrée au droit anglais du tableau comparatif préparé par le Bureau Permanent de la Conférence de la Haye, *op. cit.*).

[971] C'est par exemple le cas lorsque l'affaire concerne un droit réel relatif à un immeuble situé à l'étranger (*British South Africa Co v. Companhia de Moçambique* [1893] AC 602 ; *Deschamps v. Miller* [1908] 1 Ch 856 ; *Hespereides Hotels Ltd v. Muftizade* [1979] AC 508, [1978] 2 All ER 1168) ou la validité d'un droit intellectuel étranger (*Tyburn Productions Ltd v. Conan Doyle* [1991] Ch 75 ; *Pearce v. Ove Arup Partnership Ltd* [1999] 1 All ER 769 (CA).

[972] Nous avons souligné que selon A. von Mehren, *« the principal difference between the general approach of courts in the United Kingdom and the United States is that public concerns can play a decisive role in the United States while in the United Kingdom they play no role unless they can be seen as private concerns »* (A. T. von MEHREN, *Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: a comparative study of the doctrine, policies and practices of common and civil-law systems*, RCADI, 2002, vol. 295, p. 318 ; v. *supra* n° 360).

[973] Concernant le droit américain, nous avons aussi précisé que, parmi les motifs de non-reconnaissance des jugements étrangers prévus dans le 2005 Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act (§4 (b)(3)) ainsi que le Restatement 3rd Foreign Relations Law of the USA (§ 482(2)(a)), figure *« l'absence de compétence du juge d'origine en la matière »*. Selon les commentaires sur ces textes, l'hypothèse principalement visée est celle où le jugement étranger concerne des immeubles situés aux États-Unis ou des marques ou brevets américains (v. *supra*, note n° 72).

d'arbitrage, car une loi de police américaine est applicable, il accepte parfois de se dessaisir, à condition que la loi appliquée par la juridiction étrangère élue lui paraisse équivalente à la loi impérative américaine ou s'il estime probable que l'arbitre statue en vertu de la loi de police en question[974]. Dans la même logique, lorsque le litige met en cause les intérêts fondamentaux d'un État étranger, le juge américain ne se sent pas obligé de décliner sa compétence ; il apprécie l'opportunité d'un éventuel dessaisissement, en recourant à la méthode de la balance des intérêts étatiques ou à la doctrine de *forum non conveniens*.

571. ***Le droit européen***. Enfin, au sein de l'espace judiciaire européen, nous avons analysé la liste exhaustive des compétences exclusives qui est prévue en matière civile et commerciale ayant trait aux immeubles, aux sociétés, aux inscriptions sur les registres publics, à la propriété intellectuelle ainsi qu'à l'exécution des décisions.

Après avoir rappelé ces éléments, nous allons à présent étudier les hypothèses d'affaiblissement des règles de compétence exclusives qu'on peut constater tant en droit national qu'en droit international. Nous allons commencer par étudier l'arbitrabilité des contestations relatives à la validité des titres de propriété intellectuelle, ainsi que d'autres signes d'assouplissement des fors exclusifs (Section I), avant de s'intéresser à la métamorphose qu'a subie, en droit européen, la compétence exclusive dans le domaine de la propriété intellectuelle (Section II).

Section I : L'arbitrabilité des contestations relatives à la validité des titres de propriété intellectuelle et l'affaiblissement général des compétences exclusives

572. Un premier cas d'assouplissement des règles de compétence exclusive que nous avons déjà abordé[975], sans l'approfondir, concerne l'admission, dans certains droits nationaux, de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des titres de propriété intellectuelle (§1). Il y a, par

[974] Le juge américain a accepté de se dessaisir à propos d'une affaire relevant des lois américaines antitrust pour donner effet à la clause d'arbitrage conclue par les parties, en affirmant qu'il faut faire confiance au tribunal arbitral pour appliquer le droit de la concurrence américain (*Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F. 2d 1353 (2d Cir. 1993), p. 1365 et s. ; *Bonny v. Society of Lloyd's*, 3 F. 3d 156 (7th Cir. 1993), p. 160-162, *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, Inc, 473 US 614 (1985)).
[975] V. *supra*, n° 303 et s..

ailleurs, d'autres cas d'affaiblissement des fors exclusifs, qu'on peut constater tant en droit national qu'en droit international (§2).

§1 L'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des brevets

573. Depuis longtemps, le droit français de l'arbitrage international n'admettait pas le recours à l'arbitrage en matière de validité des titres de propriété intellectuelle, en raison de l'existence dans ce domaine des règles de compétence judiciaire exclusives fondées sur des considérations d'ordre public. Néanmoins, la réserve de l'ordre public ne constitue pas un motif suffisant permettant de justifier l'inarbitrabilité du contentieux de l'annulation du titre (I).

Ce qui pose surtout problème dans ce cas, c'est le caractère privé de l'arbitrage, qui ne semble pas compatible avec l'effet *erga omnes* de la décision d'annulation du titre. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence française n'a attribué à la partie de la sentence arbitrale portant sur la validité du titre qu'un effet *inter partes*, ce qui présente, toutefois, des inconvénients (II). Après avoir examiné ces éléments, nous allons proposer certaines solutions envisageables concernant la question de l'arbitrabilité du contentieux de l'annulation d'un titre de propriété intellectuelle (III).

I. La limite de l'ordre public : un motif insuffisant de l'inarbitrabilité des litiges relatifs à la validité des brevets

574. L'attribution d'une compétence exclusive au profit du juge judiciaire en matière de validité des droits de propriété intellectuelle ne permet pas d'interdire le recours à l'arbitrage (A). Il faut chercher la *ratio legis* de l'exclusivité, c'est-à-dire la raison profonde de l'existence de la compétence exclusive. Si la consécration de cette dernière est fondée sur des motifs d'ordre public, la question visée par la règle de compétence n'est pas arbitrable.

Il convient, cependant, d'observer que la réserve de l'ordre public fait l'objet d'une interprétation stricte en droit français de l'arbitrage (B). Dans ces conditions, l'idée selon laquelle le contentieux de l'annulation du titre de propriété intellectuelle met en cause l'ordre public, conduisant à l'inarbitrabilité du litige, est contestable (C).

A. L'impossibilité de justifier l'inarbitrabilité par l'existence d'une compétence exclusive en la matière

575. ***L'affaire Liv Hidravlika***. Comme nous l'avons précisé, la cour d'appel de Paris, dans son arrêt *Liv Hidravlika* du 28 février 2008[976] a affirmé que l'arbitre peut statuer sur la question de la validité du brevet, soulevée à titre incident à l'occasion d'un litige de nature contractuelle[977] ; la Cour de cassation dans un arrêt du 12 juin 2013[978] semble approuver cette solution. La question de la validité doit être débattue de manière incidente, c'est-à-dire qu'elle doit être soulevée sous forme de moyen de défense ou de demande reconventionnelle. Elle ne peut pas être examinée par l'arbitre à titre principal, dans le cadre d'une demande initiale visant à l'annulation du titre.

Il faut rappeler que l'hypothèse visée est celle où le juge étatique ne s'est pas déjà prononcé sur la validité du titre ou n'est pas saisi d'une procédure parallèle portant sur cette question. Dans le premier cas, l'arbitre, interrogé sur la validité du titre dans le cadre d'un litige contractuel, doit se conformer à la décision rendue par le juge, puisque cette dernière a un effet absolu ; dans le second cas, si une action en nullité du titre est déjà pendante devant le juge étatique, l'arbitre doit normalement surseoir à statuer[979].

---

[976] CA Paris, 28 févr. 2008, *Liv Hidravlika*, *Rev. propr. ind*. 2009, n° 1 p. 25, obs. J. RAYNARD ; *JCP E* 2008, n° 1582, obs. C. CARON, *Rev. arb*. 2009, p. 168, note T. AZZI ; *JCP G* 2008, I, 164, n°6, obs. J. BÉGUIN ; *RTD com*. 2008, p. 516, obs. E. LOQUIN ; *D*. 2008, pan., p. 3113, obs. Th. CLAY.

[977] En théorie, rien n'empêche que cette solution s'applique aussi lorsque la question de la validité est invoquée au cours d'un litige de nature délictuelle, c'est-à-dire lors d'une action en contrefaçon. Toutefois, il semble improbable qu'une telle situation se produise, car en matière de contrefaçon, *« l'investiture de l'arbitre résulte en général d'un compromis et non d'une clause compromissoire, faute de relation préalable entre les parties. Le fait que l'une d'elles conteste l'existence du brevet crée un conflit dans le conflit qui risque fort d'empêcher toute entente sur le principe même d'un recours à l'arbitrage »* (T. AZZI, « Note - 28 février 2008, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) », *Rev. arb*. 2009, pp. 172-185).

[978] Civ. 1re, 12 juin 2013, *Victocor Technologies*, *JCP G*, 2013, doctr. 784, n° 3, obs. Ch. SERAGLINI ; *D.*, 2013, p. 2938, obs. Th. CLAY, dans cet arrêt la Cour de cassation ne s'est pas prononcée expressément sur la question de l'arbitrabilité du contentieux de l'annulation des titres de propriété intellectuelle, mais elle semble aller dans le sens de la jurisprudence *Liv Hidravlika*, dans la mesure où elle a approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir refusé d'annuler une sentence arbitrale en relevant que *« le tribunal arbitral ne s'était pas prononcé à titre principal sur la validité des brevets »*. Il paraît, ainsi, que la question de la validité des brevets est arbitrable si elle est débattue de manière incidente. En ce sens, v. T. AZZI, « Arbitrabilité et validité du titre en droit français », *Rev. arb*. 2014, p. 323 et F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *Rev. arb*. 2009, p. 313. La solution demeure, cependant, implicite ; l'arrêt n'a pas été publié au *Bulletin.*

[979] La jurisprudence française avait, pourtant, admis, dans une espèce particulière, que l'arbitre peut refuser de surseoir à statuer. Il s'agit de l'affaire *Deko*, dans laquelle, la cour d'appel de Paris avait jugé que c'est à bon droit que les arbitres avaient refusé de suspendre l'instance arbitrale portant sur l'inexécution d'un contrat de licence sur divers brevets alors qu'était pendante devant le juge étatique une action en nullité des titres. Selon la Cour, la question de validité des brevets doit être distinguée de celle ayant trait à l'exécution du contrat de licence de sorte que *« si la nullité desdits brevets est prononcée, il n'en restera pas moins qu'une situation contractuelle aura existé entre les parties (…) et que la juridiction ayant à apprécier l'exécution du contrat peut être distincte de celle qui se prononce sur la validité des brevets »*. Néanmoins, cette solution laisse perplexe, car la nullité du

576. ***Un revirement de jurisprudence***. Les arrêts précités constituent un revirement de jurisprudence, dans la mesure où il était auparavant interdit aux arbitres de statuer sur la validité des titres de propriété intellectuelle[980] ; si l'arbitre avait à se prononcer de façon incidente sur cette question, il devait surseoir à statuer le temps que le juge se prononce sur la validité du titre. Or, cette obligation pesant sur l'arbitre retardait la résolution du litige et encourageait les manœuvres dilatoires, puisque la nullité du titre était souvent invoquée de façon dilatoire par un défendeur de mauvaise foi afin d'échapper, au moins temporairement, à l'arbitrage.

Certains auteurs[981] proposaient une autre solution, partant de l'idée que l'arbitre ne doit pas toujours surseoir à statuer. Selon eux, si l'arbitre estime que le titre est valable, il n'a pas à interrompre l'instance arbitrale, il peut reconnaître la validité et sa décision aura un effet entre les parties. S'il considère, en revanche, que la nullité du titre est manifeste, il doit laisser le juge se prononcer sur ce point. Ce raisonnement avait même été suggéré par J. Robert lorsque l'arbitre est saisi à titre principal d'une demande en annulation du brevet ; s'il conclut à la validité du brevet, il pourra statuer sur le fond, mais s'il constate sa nullité, il ne pourra pas la prononcer et devra se déclarer incompétent[982].

577. Toutefois, cette solution n'élimine pas le risque de contrariété des décisions, car le titre validé par l'arbitre pourrait être annulé par le juge dans une instance ultérieure. En outre, il n'est pas cohérent de faire dépendre la compétence de l'arbitre du résultat de l'examen de la question qui lui est posée. La jurisprudence française a, néanmoins, opté pour un système plus simple en admettant que la question de la validité des brevets est arbitrable.

---

brevet entraîne celle du contrat de licence et, par conséquent, il n'est pas logique que l'arbitre lui laisse produire des effets (CA Paris, 24 mars 1994, *Deko*, *Rev. arb*., 1994.515, note Ch. JARROSSON ; *JCP E*, 1995 I 471, n° 1, obs. J.-J. BURST et J.-M. MOUSSERON ; *D.*, 1996, somm. comm., p. 21, obs. J.-M. MOUSSERON et J. SCHMIDT ; *RTD com*., 1995.416, obs. J. AZEMA).

[980] V. la sentence CCI n° 6709 de juin 1991, qui *« réserve au juge étatique les litiges qui portent sur des domaines relevant de l'ordre public, c'est-à-dire sur la délivrance, l'annulation ou la validité du brevet »*, *PIBD*, 1993, n° 541, III, 230 ; *JDI*, 1992.998, obs. D. HASCHER ; CA Paris, 3 février 1992 : *« un litige est arbitrable dès lors que la validité du brevet n'est pas en cause »*, *PIBD*, 1992, n° 525, III, 359 ; *RTD com.*, 1993. 293, obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN.

[981] E. LOQUIN, note sous. Paris, 3 février 1992, *RTD com.*, 1993, p. 293 ; J.-L. DELVOLVÉ, « L'instance arbitrable », *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994, p. 41 ; G. BONET et Ch. JARROSSON « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit français », *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994, p. 70.

[982] J. ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 5e éd., n° 43.

Il convient d'observer que la solution retenue en droit français de l'arbitrage international paraît contraire à celle adoptée en droit européen dans l'arrêt *GAT*[983] à propos de la validité des brevets, invoquée à titre incident devant le juge d'un État membre autre que celui de délivrance du brevet en cause. En effet, ce dernier, selon l'arrêt *GAT*, ne peut pas statuer sur la validité du titre ; il doit surseoir à statuer en attentant que les tribunaux de l'État de délivrance du brevet se prononcent sur cette question.

Autrement dit, la compétence exclusive de ces derniers prévue à l'article 24 §4 RBI *bis* concerne tous les litiges portant sur la validité du titre, que celle-ci soit soulevée par voie d'action ou d'exception. Cependant, dans des circonstances comparables, l'arbitre est quant à lui autorisé à statuer sur la question incidente de la validité du brevet. Un traitement plus favorable semble, ainsi, être accordé à l'arbitre dans ce domaine.

578. ***La compétence exclusive : obstacle à l'arbitrage ?*** Concernant la question de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des titres de propriété intellectuelle en droit français, diverses raisons ont été avancées afin de justifier l'inarbitrabilité de ce type de litiges. Un premier argument tenait à l'existence de règles de compétence judiciaire exclusives intéressant le domaine des droits de propriété intellectuelle. L'article L. 615-17 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) reconnaît, en effet, la compétence exclusive des tribunaux de grande instance, en matière de brevets.

Une telle règle de compétence exclusive est également prévue en droit européen (article 24 §4 RBI *bis*). Pourtant, l'attribution d'une compétence exclusive au profit du juge judiciaire n'a pas été interprétée comme interdisant le recours à l'arbitrage. Selon l'article L. 615-17 alinéa 2 CPI *« les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil »*[984]. Par ailleurs, le rapport Schlosser souligne à propos de la Convention de Bruxelles que cette dernière *« ne limite pas la*

[983] CJCE, 13 juillet 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LUK*, *D.*, 2007. 342, obs. J. RAYNARD ; *Europe*, 2006, comm. 299, note L. IDOT, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, n° 37 ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. WILDERSPIN ; *RTDE* 2007, p. 679, obs. SCHMIDT-SZALEWSKI ; M.-E. ANCEL, « L'arrêt *GAT* : une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe », *Comm. com. électr*. 2007, chron. 10, p. 14.

[984] Cette disposition est aussi reprise en matière de marques (art. L. 716-6 CPI). Selon les articles 2059 et 2060, l'arbitrage est autorisé, à moins que la contestation ne porte sur des droits indisponibles ou que la matière intéresse l'ordre public. Ainsi, les questions afférentes à l'existence d'un droit de propriété intellectuelle semblent *a priori* arbitrables dans l'ordre interne. Il n'y a guère de raison de retenir une approche différente en matière internationale (v. T. AZZI, « Note - 28 février 2008, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) », *Rev. arb*. 2009, p. 174-175, n° 4).

liberté des parties de soumettre un litige à une juridiction arbitrale. Cela vaut également dans le cas des procédures pour lesquelles la convention a institué une compétence exclusive »[985].

Comme l'a noté J. Raynard s'agissant du droit français, *« la seule justification prêtée à la spécialisation de certains tribunaux tenait, à la technicité prêtée à la matière des brevets dont le traitement du contentieux appellerait un juge sinon spécialement compétent du moins spécialement formé : pareille justification n'allait certainement pas de soi avec la mise à l'écart de l'arbitrage, tout au contraire »*[986].

579. ***La ratio legis de l'exclusivité – l'ombre de l'ordre public***. Par conséquent, ce n'est pas l'existence de la compétence exclusive qui constitue en elle-même le fondement de l'inarbitrabilité ; il faut chercher, ainsi que le suggèrent Ch. Seraglini et J. Ortscheidt[987], la *ratio legis* de l'exclusivité, c'est-à-dire la raison profonde de son existence. Si la consécration de la compétence exclusive est fondée sur des considérations d'ordre public, la question visée par la règle de compétence ne pourra pas être soumise à l'arbitrage ; c'est alors la nature particulière de la matière concernée par le litige qui peut exclure l'arbitrage. Comme le dit D. P. Fernández Arroyo[988], le caractère arbitrable ou non d'une matière est en relation directe avec les éléments « publics » sous-jacents aux fors de compétence exclusive.

Il convient de rappeler, à cet égard, que l'article 2060 du Code civil interdit de compromettre dans *« des matières qui intéressent l'ordre public »*. La question qui se pose, alors, est de savoir si le contentieux de l'annulation du titre de propriété intellectuelle met en cause l'ordre public, conduisant à l'inarbitrabilité du litige. D'ailleurs, dans les arrêts *Liv Hidravlika* et *Victocor Technologies* précités, la partie qui a formé le recours en annulation contre la sentence soutenait que l'arbitre avait violé l'ordre public en se prononçant à titre incident sur la validité des

[985] V. Rapport Schlosser sur la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice, n° 63 a), p. 93. Le rapport précise, toutefois, que *« la convention n'interdit pas aux législateurs nationaux de déclarer nuls les compromis d'arbitrage qui concernent des litiges pour lesquels il existe des compétences exclusives soit en vertu du droit national, soit en vertu de la convention »*.

[986] J. RAYNARD, « Arbitrage et propriété intellectuelle – Contributions au colloque du Comité français de l'arbitrage, 18 octobre 2013 : Introduction générale », *Rev. arb*., vol. 2014 Issue 2, p. 269.

[987] Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2e éd., 2019, n° 643, p. 545.

[988] D. P. FERNANDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI, vol. 323, 2006, p. 228.

brevets, qui relevait normalement de la compétence exclusive des offices nationaux octroyant les brevets ou des juridictions étatiques.

B. L'interprétation stricte de la réserve de l'ordre public en droit français de l'arbitrage international

580. ***L'interprétation stricte de la limite de l'ordre public***. Avant de répondre à cette question, il serait intéressant d'observer que la jurisprudence française ne retient plus une lecture stricte de la limite découlant de l'ordre public. Dans son arrêt *Labinal*[989], la cour d'appel de Paris a admis qu'un arbitre pouvait statuer sur la nullité au regard de l'ordre public du contrat litigieux ; autrement dit, il pouvait appliquer les dispositions d'ordre public concernant le litige, et ce notamment en matière de la concurrence, *« l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux »*[990].

Il s'agit d'une solution importante, car auparavant l'arbitre pouvait appliquer les règles d'ordre public, mais il ne pouvait rendre sa sentence qu'à la condition d'avoir constaté que l'ordre public n'avait pas été violé ; dans le cas contraire, il devait se déclarer incompétent[991]. Or, cette solution a été critiquée, dans la mesure où *« il est franchement curieux qu'ayant fait ce qui est le plus difficile, constater l'illicéité, l'arbitre ne puisse aller jusqu'au bout et prononcer la nullité »*[992]. Il est, effectivement, illogique qu'un litige de nature contractuelle, qui manifestement est en soi arbitrable, cesse de l'être lorsque la validité du contrat est mise en cause pour des motifs relevant de l'ordre public. Une telle situation surgit lorsque dans le cadre d'un litige relatif à l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle, le défendeur fait valoir à titre incident la nullité du droit sur lequel repose le contrat de licence.

581. L'arrêt *Labinal* permet expressément aux arbitres de prononcer la nullité du contrat, lorsqu'il constate la violation de l'ordre public. La cour d'appel déclare qu' *« en matière internationale, l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au*

---

[989] CA Paris, 19 mai 1993, *Soc. Labinal c/ Soc. Mors et Soc. Westland Aerospace Ltd*, *Rev. arb.*, 1993.645, note Ch. JARROSSON ; *JDI*, 1993 p. 957, note L. IDOT ; *RTD com.*, 1993, p. 494, obs. E. LOQUIN et J.-C. DUBARRY.
[990] Dès l'arrêt *Tissot* du 28 novembre 1950, il était admis que ce n'est pas parce qu'une règle d'ordre public peut entretenir des liens avec le litige que ce dernier devient *ipso facto* inarbitrable (Cass. civ., 28 novembre 1950, *Tissot*, D., 1951.170 ; *S.*, 1951.120, note J. ROBERT ; *RTD civ.*, 1951.106, obs. HÉBRAUD).
[991] Com. 20 nov. 1950, *S.* 1951. 1. 120, note J. ROBERT ; Paris, 15 juin 1956, *D.* 1957. 587, note J. ROBERT, *JCP* 956. II. 9419, note MOTULSKY ; Paris, 9 janv. 1962, *JCP* 1962. II. 12478 ; Com. 21 oct. 1981, *Rev. arb.* 1982. 264, note J.-B. BLAISE ; Paris, 20 janv. 1989, *Rev. arb.* 1989. 280, note L. IDOT.
[992] P. MAYER, « Le contrat illicite », *Rev. arb.* 1984, p. 212.

regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation ». L'arrêt a été rendu dans une affaire intéressant le droit européen de la concurrence[993], mais la généralité de la motivation conduit à considérer que la solution doit être étendue à l'ordre public en général. Il marque la tendance d'une plus grande admissibilité de l'arbitrage, même dans le cas où la matière est fortement imprégnée d'ordre public. La même approche est aussi retenue en matière d'arbitrage interne[994].

La cour d'appel, en reconnaissant le pouvoir des arbitres de sanctionner les atteintes au droit de la concurrence, rapproche finalement le droit français de l'arbitrage international de certains droits étrangers, et notamment le droit américain, selon lequel *« bien que la loi suisse soit applicable comme loi du fond, un tribunal arbitral, siégeant au Japon, pouvait statuer sur une demande reconventionnelle appelant l'application du droit américain de la concurrence, sous réserve, à peine de violation de l'ordre public, que le recours à l'arbitrage ne conduise pas à un refus d'application de la loi antitrust américaine »*[995].

C. La contestation de l'idée tenant à la mise en jeu de l'ordre public dans un litige relatif à la validité des titres de propriété intellectuelle

582. ***La mise en jeu de l'ordre public dans un litige portant sur la validité des titres de propriété intellectuelle***. Revenons maintenant à la question que nous avons posée portant sur le point de savoir si les litiges relatifs à la validité des titres de propriété intellectuelle mettent en jeu l'ordre public. Prenons l'exemple du brevet. Traditionnellement, on considère que la validité d'un brevet intéresse l'ordre public économique, puisque le brevet est délivré par l'État,

[993] Il a été soutenu que la Commission et les autorités des États membres avaient compétence exclusive pour statuer sur la validité et la nullité des conventions en vertu des articles 85 et 86 du Traité de Rome (aujourd'hui articles 81 et 82 du TUE), de telle sorte que la matière ne serait pas arbitrale. Cependant, comme le disent E. Loquin et J.-C. Dubarry, *« s'il est certain que le règlement 17 confère à la Commission compétence exclusive pour accorder aux ententes, aux conditions du paragraphe 3 de l'article 85, le bénéfice d'une exemption individuelle, aucun texte de droit européen ne réserve une compétence exclusive à la Commission ou aux seules autorités nationales pour constater la nullité d'une entente ou sanctionner civilement un abus de position dominante »* (*RTD com*. 1993, p. 494, obs. E. LOQUIN et J.-C. DUBARRY ; obs. J. ROBERT, « Rapport au congrès d'Amsterdam, 1966, Arbitrage et Marché commun », *Rev. arb.* 1966, spec. p. 27).

[994] Cass, com., 9 avril 2002, *Toulousy*, *Rev. arb*., 2003.103, 2e esp., note P. DIDIER ; *D*., 2003.1117, note L. DEGOS, et 2470, obs. T. CLAY ; *JCP*, 2003,I, 2003, n° 2, obs. C. SERAGLINI.

[995] *Mitsubishi Motors Comp. c/ Soler*, *Rev. arb*. 1986. 273. - J. ROBERT, « Une date dans l'extension de l'arbitrage international », *Rev. arb*. 1986, p. 173.

qui lui confère un monopole d'exploitation ce qui va à l'encontre du principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie.

583. ***La délivrance du titre : un acte de souveraineté ?*** Ainsi, le contentieux d'annulation des brevets doit relever de la compétence du juge étatique, car il concerne des droits attribués par une décision préalable de la puissance publique. L'intervention de la puissance publique dans la délivrance du titre de propriété intellectuelle *« vient procurer à ce droit un sceau étatique synonyme d'ordre public et de prime abord peu compatible avec l'arbitrabilité de la matière spécialement s'agissant de questions de validité des titres en cause »*[996]. Seul le juge étatique a le pouvoir de vérifier si les conditions matérielles de l'octroi du monopole sont réunies ; sa compétence exclusive relève de l'ordre public, ce qui exclut la compétence des arbitres.

Toutefois, cette idée n'est pas incontestable. Selon une partie importante de la doctrine, il y a une conception erronée du rôle de l'autorité administrative dans la procédure de délivrance du titre de propriété intellectuelle. La délivrance du titre est une décision déclarative et non pas attributive de droit. La naissance du droit doit être associée à l'acte de dépôt de la demande, qui n'est rien d'autre que l'acte d'un particulier de pur droit privé, exclusif de toute intervention de puissance publique[997]. *« Nier la validité du brevet revient à déclarer la demande infondée, on ne discerne nul acte de souveraineté »*[998].

584. ***La délivrance des brevets en France : une procédure de pure forme***. Par ailleurs, en France, la procédure de délivrance des brevets n'est pas subordonnée à l'examen des conditions de validité du titre, ce qui démontre que l'État n'accorde pas un intérêt majeur à contrôler ce domaine[999]. En revanche, certains États qui subordonnent la délivrance du brevet à l'examen

---

[996] J. RAYNARD, « Arbitrage et propriété intellectuelle – Contributions au colloque du Comité français de l'arbitrage, 18 octobre 2013 : Introduction générale », *op. cit.*, p. 272.

[997] V. *supra*, n° 142. J. RAYNARD, « L'exclusivité du juge du titre », in *Droit international privé et propriété intellectuelle : un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, C. Nourissat et E. Treppoz (dir.) 2010, p. 181 ; J. RAYNARD, « Arbitrage et propriété intellectuelle – Contributions au colloque du Comité français de l'arbitrage, 18 octobre 2013 : Introduction générale », *op. cit.*, p. 272 ; J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, thèse LGDJ 1961 ; Traité des brevets, Litec 1984, n° 541 et s., p. 521 et s..

[998] J. RAYNARD, « L'exclusivité du juge du titre », *op. cit.*, p. 181 ; J. RAYNARD, « Arbitrage et propriété intellectuelle – Contributions au colloque du Comité français de l'arbitrage, 18 octobre 2013 : Introduction générale », *op. cit.*, p. 273.

[999] X. DE MELLO, « L'expérience des arbitres (ou l' « espérance » des arbitres) », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994, p. 101-102. La loi du 8 juillet 1844 sur les brevets d'invention avait institué un examen formel de la demande. Selon son article 11 : *« Les brevets dont la demande aura été régulièrement formée seront délivrés, sans examen préalable, aux risques et périls des demandeurs, et sans garantie, soit de la réalité, soit de*

critique de ses conditions de validité, acceptent que le contrôle de validité soit exercé, non seulement par leurs juridictions, mais aussi par l'arbitre ; c'est le cas des États-Unis, comme nous le verrons par la suite.

M. Vivant précise que la délivrance, lorsqu'elle constitue une procédure de pure forme n'impliquant aucun contrôle ou aucun contrôle sérieux, *« n'est, dans un État moderne, qu'un instrument de vérification de ce qu'un droit est demandé dans le respect des exigences légales. Elle n'a rien à voir avec le bon vouloir du Prince »*[1000]. Ainsi, l'argument tiré de l'organisation du système de délivrance des titres ne convainc pas.

585. De plus, la décision d'annulation du brevet prononcée par le juge *« n'est pas le symétrique de la décision administrative de délivrance : l'action en annulation portée devant le tribunal de grande instance n'est pas un recours administratif contre cette décision. La délivrance du brevet d'invention est sans relation et donc, sans incidence, sur la validité même du brevet. Celle-ci est une mesure administrative liée aux exigences administratives préalables à l'obtention du titre de propriété industrielle mais ne concerne nullement l'essence du brevet »*[1001].

L'idée selon laquelle l'ordre public s'oppose à l'arbitrage sur la question de validité d'un droit de propriété intellectuelle a été aussi remise en cause par F. Gurry, ancien directeur de l'Organisation de la Propriété Intellectuelle à Genève. D'après lui, *« it seems a slightly ambivalent approach that the State should grant titles without examination for compliance with statutory criteria, and claim exclusive competence as a matter of public policy to decide enforceability of those rights between two parties in accordance with the same statutory criteria. The fact of a statutory application procedure would not, therefore, seem to be the basis of a public policy against arbitrability »*[1002]. L'auteur démontre également que l'argument invoqué, afin de justifier l'inarbitrabilité, tenant au fait que certains droits sont inscrits dans des

la nouveauté ou du mérite de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description ». La loi du 2 janvier 1968 a institué, un examen administratif limité, puis l'établissement d'un avis documentaire, puis dans sa rédaction datant de la loi du 13 juillet 1978, l'établissement préalable à l'avis, d'un rapport de recherche, puis dans sa version de la loi du 1er juillet 1992 l'établissement d'un rapport de recherche. Ce texte est devenu aujourd'hui l'article L. 612-14 CPI.

[1000] M. VIVANT, « Cherche litige non arbitrable laborieusement », *Rev. Lamy dr. aff.* juin 2004, n° 15.

[1001] F. NAMMOUR, « Droit libanais - Arbitrage et propriétés intellectuelles en droit libanais : éléments de comparaison avec le droit français », *Comm. com. électr*. n° 1, Janvier 2006, étude 1, n° 6.

[1002] F. GURRY, « Objective arbitrability, antitrust disputes, intellectual property disputes », séminaire tenu le 19 novembre 1993 à Zurich sous les auspices de l'Association Suisse d'Arbitrage, publiés dans *ASA Special Series* n° 6, mars 1994, p. 117.

registres destinés à informer le public de l'existence de droits exclusifs relativement à l'objet du titre n'est pas très convaincant[1003].

586. ***L'argument tenant à l'octroi d'un monopole***. En outre, les droits de propriété intellectuelle constituent, certes, des monopoles légaux, mais ils ont une vertu particulière, à savoir ils sont plutôt favorables à la concurrence et ne portent pas forcément atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie[1004], lequel interdit les monopoles d'origine privée. Les droits de propriété intellectuelle contribuent même à l'extension du domaine public ; pour le brevet, cette extension consiste dans la divulgation de l'invention qui enrichit le champ des connaissances par sa communication au public.

Ainsi, ces droits accroissent l'étendue du domaine public et leur titulaire reçoit sa récompense par l'octroi d'un monopole d'exploitation temporaire. *« Il n'y a pas atteinte au domaine public du seul fait de l'existence d'un brevet, mais, au contraire, extension de celui-ci. Dès lors, on voit mal comment l'État pourrait se plaindre d'une atteinte à son domaine public »*[1005]. Comme le souligne M. Vivant, les monopoles, que constituent les droits de propriété intellectuelle, *« sont assis sur des créations nouvelles et n'amputent donc pas on ne sait quel « domaine public » préexistant. L'analyse contemporaine est bien plutôt de considérer que les droits de la propriété intellectuelle, au final, se révèlent convergents avec le droit de la concurrence comme des outils de régulation du marché »*[1006].

[1003] *« Another possible reason for excluding arbitrability is the fact that, in the case of titles granted pursuant to a statutory application procedure, there is a public record of the title which serves to inform the public of the existence of exclusive rights in respect of the subject matter of the title. A decision on the conformity of that subject matter to the statutory criteria … should not be made privately … But again, this reason does not seem to reflect a consistently applied policy on the part of the State. The State tolerates license contracts to be made in respect of a patent, often without any requirement of registration of the fact that such contracts involve an agreement not to enforce exclusive rights conferred by the patent between the parties to the license contract. In addition, parties are free to make pre-trial settlements. … The terms of settlement may involve a license given by the title owner to the other party, a private recognition of the non enforceability of the title between the parties. There is no requirement that such pre-trial settlements be registered as a matter of public record »*, F. GURRY, « Objective arbitrability, antitrust disputes, intellectual property disputes », *op. cit*., p. 116.

[1004] Il faut préciser que pour les brevets, le titulaire seul peut exploiter l'invention et il le fait sans concurrent direct, *« puisque ne viendront en compétition avec le produit breveté que des produits plus ou moins substituables ne tombant pas sous le coup du brevet. Il y a, donc, une limitation de la liberté du commerce et de l'industrie qui s'ensuit »*, X. DE MELLO, « L'expérience des arbitres (ou l' « espérance » des arbitres) », *op. cit*., p. 102 . Mais, dans la mesure où l'État limite dans le temps le monopole légal qu'il accorde, nous pouvons considérer que l'intérêt public est satisfait. En outre, comme nous l'avons mentionné, la France accepte de délivrer des brevets sans subordonner la procédure de délivrance à l'examen des conditions de validité.

[1005] X. DE MELLO, « L'expérience des arbitres (ou l' « espérance » des arbitres) », *op. cit*., p. 104.

[1006] M. VIVANT, « Cherche litige non arbitrable laborieusement », *op. cit*., n° 17.

F. Gurry partage également cet avis, *« intellectual property rights are monopolies in a very restricted sense. They are not monopolies over anything that already exists in the public domain. Rather, they consist of exclusive rights granted in return for the disclosure of something which, by definition, must not have been in the public domain. (…) In addition, (…) the State displays a very ambivalent attitude toward arrogating to itself the power to determine the limits of the so-called monopoly. In some cases, (…) it allows the owner of the monopoly rights to restrict them in secret by entering licensing agreements. It allows pre-trial settlements. Why should … the State … take the position that the owner cannot agree to have a third party, the arbitral tribunal, decide that the owner cannot enforce the title against another party ? »*[1007].

587. ***La réserve de l'ordre public : un motif insuffisant de l'inarbitrabilité***. Il ressort, alors, de tous ces éléments que la réserve de l'ordre public n'est pas un motif suffisant permettant de justifier l'inarbitrabilité du contentieux de l'annulation du titre. Il est vrai que l'obtention du monopole dépend de la délivrance du titre mais cet acte formel n'a qu'une valeur déclarative et permet de vérifier que les conditions matérielles de protection prévues par la loi sont remplies. Concernant les brevets, la délivrance déploie un effet constitutif, dans la mesure où en absence de cette formalité, le monopole conféré au titulaire n'existe pas. Cependant, ce monopole n'est pas intangible et il est de nature précaire.

Il est aussi important de souligner que *« l'invention brevetable [c'est-à-dire celle qui répond aux critères de la nouveauté et de l'activité inventive] mais non encore brevetée confère déjà des droits à l'inventeur ou à son ayant-cause, lesquels résultent de la protection des secrets de fabrication dont la violation est sanctionnée par la loi sur la concurrence déloyale. L'acte formel de l'enregistrement est ainsi destiné à parfaire le droit puisque de relatif qu'il était, il le transforme en un droit absolu »*[1008]. Par conséquent, avant même la délivrance du brevet, *« le droit n'est pas virtuel, puisque son titulaire peut le céder, voir y renoncer en divulguant son invention »*[1009].

[1007] F. GURRY, « Objective arbitrability, antitrust disputes, intellectual property disputes », *op. cit.*, p. 117.
[1008] F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *Rev. arb.*, vol. 2014 Issue 2, pp. 303-318, n° 0.
[1009] F. PERRET « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention » in *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage mélanges offerts à Claude Reymond*, Litec, 2004, p. 235. Cette remarque permet aussi de démontrer que les questions relatives à l'existence d'un brevet relèvent de la catégorie des droits disponibles au sens de l'article 2059 du Code civil, lequel retient comme critère d'arbitrabilité le caractère disponible du droit.

588. La compétence exclusive attribuée aux juridictions étatiques en matière de validité des titres de propriété intellectuelle ne semble pas relever de l'ordre public mais il s'agit plutôt de règles de répartition de compétence entre les tribunaux étatiques, permettant d'assurer une certaine uniformité de la jurisprudence et surtout de recourir à des juges spécialisés, capables de maîtriser une matière qui requiert des connaissances techniques. Nous allons voir que c'est la raison pour laquelle le législateur européen envisage de créer un tribunal européen des brevets, qui sera seul compétent, à l'exclusion des tribunaux nationaux, pour connaître des actions en contrefaçon et en nullité d'un brevet européen, ce qui permet aussi de concentrer devant une juridiction unique l'ensemble du contentieux relatif à un brevet européen[1010].

« Refuser au nom de l'ordre public à un tribunal privé la compétence de débattre des conditions matérielles auxquelles le monopole du brevet est assujetti, revient en quelque sorte à admettre que la compétence exclusive des juridictions étatiques spéciales relèverait elle aussi de l'ordre public »[1011]. Or, nous avons expliqué que ce n'est pas le cas.

Par ailleurs, même si on considère que les litiges portant sur la validité des droits de propriété intellectuelle mettent en jeu l'ordre public, nous avons précisé que la jurisprudence française a admis la compétence et le pouvoir de sanction de l'arbitre même si le droit litigieux intéresse l'ordre public ; l'arbitre n'est pas *per se* incompétent dans ce cas [1012].

II. L'effet *inter partes* de la sentence arbitrale portant sur la validité du titre : une solution insatisfaisante

589. Après avoir étudié les inconvénients de la solution française consistant à attribuer seulement un effet *inter partes* à la partie de la sentence arbitrale relative à la validité du titre

[1010] V. *infra*, n° 671 et s..

[1011] *Ibid*. Une partie de la doctrine allemande considère aussi que l'octroi d'un brevet échappe à la qualification d'un acte souverain de la puissance publique ; la délivrance d'un brevet par un acte de l'autorité administrative ne constitue pas un obstacle à l'annulation du titre par un tribunal arbitral v. *Arbitration in Germany : The Model Law in Practice*, K.- H. Böckstiegel, S. M. Kroll et P. Nacimiento, (éds.), § 1030, n° 14 et s., p. 99 , Kluwer Law International, 2015. Selon K.- H. Böckstiegel, même si les États se réservent une compétence exclusive en matière de validité des titres de propriété intellectuelle, l'arbitrabilité n'est, cependant, pas exclue, l'intérêt public n'étant pas suffisant pour considérer la règle comme étant d'ordre public (K.-H. BOCKSTIEGEL, « Public Policy and Arbitrability », in Pieter Sanders (éd), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series, Volume 3, *Kluwer Law International* 1987, pp. 197-198).

[1012] Cass. civ., 28 novembre 1950, *Tissot, D.*, 1951.170 ; *S.*, 1951.120, note J. ROBERT ; *RTD civ.*, 1951.106, obs. HEBRAUD ; CA Paris, 19 mai 1993, *Soc. Labinal c/ Soc. Mors et Soc. Westland Aerospace Ltd*, *Rev. arb.*, 1993.645, note Ch. JARROSSON ; *JDI*, 1993 p. 957, note L. IDOT.

de propriété intellectuelle (A), nous verrons que le caractère privé de l'arbitrage n'empêche pas de conférer un effet *erga omnes* à la sentence annulant le titre (B).

A. Les inconvénients de la solution française consistant à accorder un effet inter partes à la sentence arbitrale portant sur la validité du titre

590. ***L'incompatibilité entre l'effet erga omnes de la décision d'annulation et le caractère privé de l'arbitrage***. En réalité, si ces litiges ne peuvent pas être soumis à l'arbitrage, c'est moins en raison de la nature d'ordre public du droit litigieux qu'en raison de l'effet *erga omnes* attaché à la décision d'annulation du titre. En effet, selon le Code de propriété intellectuelle français, la nullité d'un titre de propriété intellectuelle ne peut être déclarée que par décision de justice, qui a un effet absolu sous réserve de la tierce opposition, ce qui signifie que le droit disparaît définitivement, à l'égard des parties et des tiers[1013].

Or, le caractère privé de l'arbitrage semble constituer un obstacle à l'arbitrabilité, puisque la sentence n'a qu'un effet relatif et ne s'impose pas aux tiers[1014]. Autrement dit, l'origine conventionnelle de l'arbitrage ne permet pas à la sentence d'avoir force obligatoire au-delà des parties. *« L'écueil majeur à la réception de la justice privée sur la question de la validité du titre tient à l'effet erga omnes prêté en droit français à la décision d'annulation. La question de la validité conditionne l'étendue du domaine public et partant, intéresse directement les droits des tiers, le juge privé ne saurait intercéder en la matière »*[1015].

591. ***L'effet inter partes de la sentence arbitrale et l'absence d'autorité de chose jugée***. C'est la raison pour laquelle la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Liv Hidravlika* a précisé que la partie de la sentence arbitrale portant sur la question de la validité du titre n'aura d'effet qu'à l'égard des parties sans être opposable aux tiers[1016] et sera privée d'autorité de la chose jugée, car elle ne figure pas au dispositif[1017]. Malgré cette limitation des effets de la sentence, il faut

---

[1013] Art. L. 613-25 et L. 613-27 [brevets], et article et L. 714-3 [marques].
[1014] G. BONET et Ch. JAROSSON, sur « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle, en droit français » in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994, coll. IRPI, p. 64.
[1015] *Rev. prop. ind*. 2009 n° 1, p. 25, note J. RAYNARD.
[1016] Il convient de rappeler qu'en droit français, la décision du juge qui reconnaît la validité du titre n'a pas non plus un effet absolu, permettant aux tiers d'agir ultérieurement en nullité du brevet (Cass. com., 5 mai 1987, Bull., IV, n° 107 ; PIBD, 1987, n° 417, III, 307).
[1017] En droit français, la décision du juge bénéficie toujours de l'autorité de chose jugée, qu'elle prononce l'annulation du brevet par voie principale ou par voie incidente ou qu'elle admette la validité du brevet. La décision qui reconnaît la validité bénéficie de l'autorité de chose jugée, en ce sens qu'elle rend irrecevable une nouvelle demande en nullité que pourrait former l'une des parties pour la même cause (v. T. AZZI, « Note - 28 février 2008,

observer qu'il s'agit d'une solution importante qui présente des avantages, dans la mesure où elle permet d'éviter le morcellement et l'allongement du litige, lorsque la question de la validité du titre est invoquée à titre incident, ce qui dissuade finalement le défendeur de soulever la nullité du titre de façon dilatoire, afin de ralentir le déroulement du procès.

La jurisprudence *Liv Hidravlika* se montre aussi respectueuse de la volonté des parties qui recourent à une clause compromissoire et ne peuvent pas ignorer que celle-ci est susceptible de couvrir tous les aspects du litige qui les oppose, y compris ceux qui dépassent le cadre strictement contractuel[1018]. En outre, la jurisprudence française contribue à l'essor de l'arbitrage dans une matière qui se prête à un tel mode de règlement des différends. Comme le constate T. Azzi, *« l'argument prend toute sa valeur lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'un brevet. Bien souvent, la protection d'une invention dépend d'éléments qu'il n'est pas souhaitable de porter à la connaissance du public et d'éventuels concurrents. En outre, les contestations sont généralement très techniques en ce domaine. L'arbitrage permet précisément la confidentialité et l'expertise requises »*[1019].

592. ***Les défauts de cette approche***. Toutefois, nous avons déjà expliqué les inconvénients de l'approche adoptée par la cour d'appel de Paris, étant donné qu'elle prive la sentence d'autorité de chose jugée et d'effet *erga omnes*[1020]. En privant la décision de l'arbitre, sur la validité du titre, d'autorité de chose jugée, rien n'interdit au juge français ou à un autre arbitre de débattre à nouveau sur cette question dans le cadre d'un procès opposant les mêmes parties ; ceux-ci peuvent alors rendre ultérieurement une décision en sens contraire, ce qui n'est pas conforme au principe de sécurité juridique. Par ailleurs, l'argument avancé afin de justifier l'absence d'autorité de chose jugée ne convainc pas. Il tient au fait que la décision arbitrale

Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) », *Rev. arb*. 2009, p. 182 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis Litec, 4e éd., 2007, n° 221).

[1018] Selon J. Raynard, les parties, sauf à se contredire au détriment de leur partenaire, ne peuvent pas *« ignorer la probabilité d'une discussion mettant en cause la validité du brevet à l'occasion d'un litige contractuel ; elles ont accepté, pour leur litige, que l'arbitre puisse statuer sur cette question. La compétence arbitrale procèderait ainsi de la seule volonté des parties, prêtes à reconnaître à une sentence, qui retiendrait la forte probabilité d'annulation judiciaire du brevet, la valeur d'une sentence dite de non-opposition par analogie avec les conventions du même nom »* (J. RAYNARD, « Droit des brevets et du savoir-faire industriel », *D*. 2009, p. 453 ; A.-C. CHIARINY-DAUDET, *Le règlement judiciaire et arbitral des contentieux sur brevet d'invention*, t. 71, Litec, 2006, Bibl. dr. entr., préf. J. Raynard).

[1019] T. AZZI, « Note - 28 février 2008, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) », *Rev. arb*. 2009, pp. 183.

[1020] V. *supra*, n° 309 et s..

concernant la validité du titre ne figure pas au dispositif de la sentence ; or, la distinction entre motifs et dispositif est moins marquée en droit de l'arbitrage qu'en procédure civile[1021].

Plus problématique est l'affirmation selon laquelle la sentence se prononçant à titre incident sur la validité du titre n'aura qu'un effet *inter partes*, ce qui signifie qu'elle est inopposable aux tiers. Par conséquent, si l'arbitre admet la validité, le juge français pourrait ultérieurement, prononcer l'annulation du titre dans un procès impliquant un tiers et inversement, si la décision arbitrale annule le droit de propriété intellectuelle, il sera toujours loisible au juge de reconnaître par la suite la validité du même titre.

593. La solution recèle, alors, un risque de contrariété de décisions. Il convient, pourtant, de remarquer qu'un tel risque peut, aussi, se produire, en droit français, dans le cas où différents juges sont amenés à statuer sur la validité d'un même brevet, puisque le jugement qui admet la validité du titre n'a pas un effet absolu, ce qui signifie que les tiers peuvent agir ultérieurement en nullité du titre[1022]. Un même brevet peut alors être considéré comme valable par un juge avant d'être annulé postérieurement par un autre.

L'effet *inter partes* pose, surtout, problème lorsque l'arbitre constate la nullité du titre. Dans ce cas, un même droit de propriété intellectuelle est considéré comme inexistant entre les parties et valable à l'égard des tiers, qui doivent continuer à respecter le monopole issu du titre et seront toujours soumis au risque d'une action en contrefaçon. Or, cette solution est peu satisfaisante, car il n'est pas cohérent, d'un point de vue logique, qu'un même droit subjectif puisse être considéré comme nul entre les parties mais valable à l'égard des tiers ; le risque d'une multiplication des titres de propriété intellectuelle « boiteux » est inévitable.

[1021] La jurisprudence française estime, depuis longtemps, que le formalisme des jugements ne s'impose pas aux arbitres. La sentence n'a pas l'obligation de comporter un dispositif et, par conséquent, l'autorité de la chose jugée ne se concentre pas dans le dispositif de la sentence. Elle est, en revanche, attachée à la sentence en son entier, y compris dans ses motifs. (Cass. civ. 2e, 25 mars 1999, Bull. civ. II, n° 57 ; *Rev. arb.*, 1999.311, note J.-B. RACINE ; CA Pau, 22 février 2011, en somm. in *Rev. arb.*, 2011.287 ; CA Paris, 2 octobre 2012, *Rev. arb*., 2013.439, note J.-B. RACINE).

[1022] Cass. com., 5 mai 1987, *Bull.*, IV, n° 107 ; *PIBD*, 1987, n° 417, III, 307. Cass. com., 28 janv. 2003, n° 00-12.149, *sté New Holland France et a. c/ sté Greenland et a.*, *Juris-Data* n° 2003-017499 ; *Bull. civ.* 2003, IV, n° 11 : même après l'annulation d'un brevet à la demande d'un tiers, une transaction antérieure ayant eu pour objet de mettre fin à un litige concernant les conséquences pécuniaires d'une condamnation pour contrefaçon n'encourt pas l'annulation. *« En droit français la personne qui a été condamnée pour contrefaçon, sans avoir pu obtenir l'annulation du brevet, ne pourra pas échapper aux condamnations prononcées contre elle en invoquant une décision d'annulation obtenue postérieurement par un tiers »*, J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz 2017, n° 547.

Ainsi que nous l'avons noté, selon certains spécialistes, il est incohérent pour les droits de propriété intellectuelle comme pour les autres droits subjectifs, de raisonner en termes de validité ou de nullité *inter partes*. Il s'agit de deux états généraux, qui doivent être envisagés *erga omnes*, la validité d'un droit subjectif ne doit pas varier en fonction de la personne à qui il est opposé[1023]. Un titre est invalide ou ne l'est pas, car il n'est jamais assuré qu'il soit valable[1024].

B. La possibilité de conférer à la sentence un effet absolu

594. Selon une partie de la doctrine, il n'est pas interdit de conférer un effet *erga omnes* à la sentence qui a prononcé la nullité du titre, sous certaines conditions (1). Il est intéressant d'observer que certains droits nationaux accordent, effectivement, un effet absolu à la sentence statuant sur la question de la validité des titres de propriété intellectuelle (2).

1. L'opposabilité aux tiers de la sentence arbitrale annulant le titre

595. ***La possibilité d'attribuer à la sentence un effet erga omnes***. Dans cette perspective, il convient de rappeler que la fonction purement privée de l'arbitre n'empêche pas d'accorder un effet *erga omnes* à la sentence annulant un titre de propriété intellectuelle national[1025]. L'opposabilité d'une décision aux tiers ne doit pas être confondue avec les obligations qui découlent pour les parties au procès, de la décision rendue. Il est vrai que le jugement ne crée des obligations que pour les parties ; mais *« il est opposable aux tiers comme un fait social, les tiers doivent tenir compte de son existence et il y a un principe d'opposabilité du jugement dont la meilleure preuve est qu'il existe une voie de recours offerte aux tiers pour faire réformer ou rétracter le jugement dont l'existence leur porte préjudice : la tierce opposition »*[1026].

J. Duclos a aussi expliqué dans sa thèse que **«** *l'opposabilité d'un acte, quelle que soit sa nature, ne constitue pas une extension aux tiers de son effet obligatoire. S'agissant d'un jugement, seules les parties au débat peuvent être atteintes, personnellement ou dans leur patrimoine, par la sanction décidée en justice. Les tiers en revanche échappent à cet effet*

[1023] G. BONET et Ch. JARROSSON, « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle », *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994., p. 64 et s..
[1024] V. M. VIVANT, « Cherche litige non arbitrable laborieusement », *op. cit*., n° 16.
[1025] D'ailleurs, selon la jurisprudence française, les sentences sont opposables aux tiers (v. Cass. com., 23 janvier 2007, *Prodim*, *Rev. arb*., 2007. 767, note P. MAYER : *« si une sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers »*).
[1026] J. -L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, 1981, p. 103, préf. H. Batiffol.

direct : ils ne subissent la décision que de façon indirecte, c'est-à-dire à travers les effets liés à la modification de l'ordre juridique. (…) pour justifier l'opposabilité virtuelle des décisions judiciaires, il est tout à fait superflu de recourir au concept ambigu d'autorité absolue : la notion d'opposabilité se suffit à elle-même et se distingue sans aucun doute de celle d'autorité de chose jugée »[1027].

596. La doctrine moderne partage cette approche en précisant que tout jugement produit des effets substantiels qui entraînent une modification de l'ordonnancement juridique, laquelle est opposable aux tiers. L'effet substantiel consiste à la solution que la décision donne au litige ; c'est la situation juridique créée ou constatée qui est en réalité opposable. Quant à l'autorité de la chose jugée, elle n'est qu'un attribut du jugement qui interdit aux parties de recommencer un litige ayant le même objet et la même cause[1028]. En outre, comme le dit X. de Mello, l'opposabilité ne doit pas être considérée comme une caractéristique intrinsèque de l'acte. Ce dernier n'est pas opposable ou inopposable : ou il n'est pas opposé, ou s'il l'est, c'est par quelqu'un qui a un intérêt à en tirer argument contre un tiers[1029].

Concernant la décision d'annulation d'un titre de propriété intellectuelle, il faut remarquer que son incidence est particulière, car elle a objectivement un effet sur le marché ; il n'y a pas, alors, de réelle dissociation possible entre une décision intéressant les seules parties au litige et une décision intéressant les tiers[1030]. Dans ces conditions, les tiers doivent respecter la décision d'annulation du titre, à condition qu'elle soit définitive et connue desdits tiers. S'est posée alors la question de savoir s'il ne faut pas faire jouir d'un effet *erga omnes* la sentence qui a prononcé la nullité du titre, sous réserve qu'elle ait reçu l'*exequatur* et qu'elle ait été transmise à l'administration chargée de la publicité[1031].

[1027] J. DUCLOS, *L'opposabilité : essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, p. 140 et s.. J. Foyer distinguait aussi à propos de la chose jugée, son autorité et sa force ou son efficacité. L'autorité est l'incontestabilité pour les parties de ce qui a été jugé définitivement et elle est relative ; elle tient au contenu de l'acte. En revanche, à l'efficacité de la chose jugée se rattache la valeur probante et la force exécutoire d'une décision juridictionnelle, qui s'exprime, pour une sentence arbitrale, fruit de la seule *jurisdictio*, par l'*exequatur*. L'intensité de l'efficacité est différente selon qu'elle s'applique aux parties pour lesquelles elle crée des obligations positives ou négatives ou aux tiers, pour lesquels elle n'entraîne que l'obligation de respecter la situation juridique nouvelle qu'elle crée (J. FOYER, De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition, thèse de doctorat, Droit, Paris, 1954, dact., p. 104 et s.).

[1028] S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHANAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, Dalloz Hypercours, 2019, p. 124 et s. : N. FRICERO, « Autorité du jugement », *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 2006-2007, n° 421.162

[1029] X. DE MELLO, « L'expérience des arbitres (ou l'« *espérance* » des arbitres) », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI, Librairies Techniques, 1994, p. 109.

[1030] V. M. VIVANT, « Cherche litige non arbitrable laborieusement », *op. cit.*, n° 17.

[1031] X. DE MELLO, « L'expérience des arbitres (ou l'« *espérance* » des arbitres) », *op. cit.*, p. 111.

Selon M. Vivant, *« ce qui, fondamentalement, fait reculer devant l'idée que la validité d'un brevet puisse être soumise à l'arbitrage, c'est le sentiment qu'un arbitre ne peut, de son chef, modifier l'état d'un marché en rayant en quelque sorte d'un trait de plume le brevet. Mais y a-t-il une différence fondamentale entre la décision prise par le breveté d'abandonner son titre et l'acceptation par celui-ci de le faire si un tiers choisi par lui, l'arbitre, juge que cela doit être fait ? La renonciation que ferait spontanément le titulaire des droits à ceux-ci produirait le même effet, sans que nul n'ait l'idée de s'en offusquer »*[1032].

2. L'effet erga omnes de la décision de l'arbitre admis dans certains droits nationaux

597. ***L'effet absolu de la sentence statuant sur la question de la validité du titre***. Il est ici important de rappeler que certains droits étrangers non seulement admettent l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des titres de propriété intellectuelle nationaux[1033] mais confèrent même un effet absolu à la sentence statuant sur cette question en assurant la coordination de la justice arbitrale avec la justice étatique.

Avant d'examiner ces droits, il est intéressant de noter que selon F. Badel, le caractère relatif de la clause d'arbitrage n'empêche pas que la sentence annulant le titre ait un effet *erga omnes*, puisque le droit en cause est un droit absolu opposable aux tiers. F. Perret souligne également que le régime de la propriété intellectuelle confère au titulaire du droit des prérogatives absolues et opposables à tous, de sorte que toute décision y relative aura nécessairement un effet à l'égard des tiers[1034]. Les auteurs font le parallèle avec le droit de propriété corporel en observant que le droit suisse reconnaît l'arbitrabilité d'un litige portant sur l'existence ou non d'un droit réel[1035].

[1032] M. VIVANT, *Fasc. 4110 : Brevets d'invention. – Juge compétent en matière de brevets. – Compétence interne*, J-Cl. Brevets, décembre 2020, n° 35, p. 27 ; du même auteur « Cherche litige non arbitrable laborieusement », *op. cit*., n° 17.2.

[1033] L'arbitrabilité des litiges portant sur la validité des brevets est reconnue par de nombreux droits étrangers, notamment les droits suisse, belge, suédois, anglais et américain, v. T. AZZI, « Note - 28 février 2008, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) », *op. cit*., n° 11.

[1034] F. PERRET, « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention », in *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 239-240, n° 14.

[1035] F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *Rev. arb*., vol. 2014 Issue 2, pp. 303-318, n° 21. Le droit français a aussi admis l'arbitrabilité des litiges en matière de droits réels immobiliers, v. Civ. 1re 8 oct. 2009, *SHLP, Rev. arb*. 2011, p. 131, note L. PERREAU-SAUSSINE. Le litige, en l'espèce, avait pour objet de départager deux personnes morales étrangères revendiquant la propriété d'un immeuble situé en France. L'arbitrabilité du litige a été reconnue malgré l'impérativité de la *lex situs*, pouvant être considérée comme loi de police (v. P. MAYER, *L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence*, RCADI, 1989, t. V, p. 319) ainsi que la prépondérance de l'ordre juridique de situation de l'immeuble pouvant être vu comme l'ordre juridique de référence (v. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2005, n° 314-317).

Un arrêt cantonal a, en effet, admis l'arbitrabilité d'un litige portant sur l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs[1036].

« On ne voit pas pourquoi il en irait autrement d'un droit de propriété immatérielle, en particulier d'un brevet d'invention qui confère un monopole d'exploitation c'est-à-dire un droit absolu à l'inventeur ou à son ayant cause. C'est dire que dans l'hypothèse d'une annulation de ce droit absolu par les arbitres, le caractère relatif de la clause compromissoire ne devrait pas constituer un obstacle à l'effet erga omnes de la sentence. En revanche et dans l'hypothèse où les arbitres se prononceraient en faveur de la validité du titre, leur décision n'aura qu'une valeur inter partes, les tiers non parties à l'arbitrage pouvant toujours faire valoir sa nullité devant la juridiction étatique compétente »[1037].

598. ***L'arbitrabilité de la validité d'un brevet national en droit suisse***. Selon le droit suisse de l'arbitrage international, l'arbitre siégeant en Suisse peut se prononcer sur la question de la validité d'un brevet national soulevée par voie d'action, c'est-à-dire dans le cadre d'une demande principale visant à l'annulation du titre ou d'une demande reconventionnelle invoquée à l'occasion d'un litige contractuel. Le prononcé par l'arbitre de la nullité du titre aura un effet *erga omnes*[1038].

« Lorsqu'il prononce la nullité d'un brevet, il ne s'agit pas pour l'arbitre de défaire ce que l'État aurait prétendument créé puisque, […] les formalités d'enregistrement du titre n'ont aucun effet constitutif. […] L'arbitre est appelé à vérifier si les conditions matérielles de

---

[1036] V. *Bull. ASA*, 1983.27-28.

[1037] F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit.*, n° 21.

[1038] La même solution est retenue en matière d'arbitrage interne, même si le critère d'arbitrabilité diffère de celui applicable en matière d'arbitrage international. En effet, le droit suisse d'arbitrage interne recourt au critère du caractère disponible du droit (article 354 du Code suisse de procédure civile), déjà applicable sous l'empire du Concordat Intercantonal sur l'Arbitrage, alors que le critère d'arbitrabilité retenu par l'article 177 §1 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) en matière d'arbitrage international est celui de la nature patrimoniale de la cause qui est pendante devant l'arbitre. Ainsi, lorsque la question à trancher par l'arbitre siégeant en Suisse porte sur un brevet national, arbitrage interne et arbitrage international considèrent que le litige est arbitrable, puisque dans le premier cas, le droit est disponible – du moment qu'il peut faire l'objet d'une transaction ou d'une renonciation – alors que dans le second cas, il est de nature patrimoniale, dans la mesure où il a une valeur pécuniaire et peut être apprécié en argent (v. F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit.*, p. 306 n° 5-8, l'auteur critique la disparité des solutions entre arbitrage interne et arbitrage international fondée sur un critère subjectif, à savoir le domicile ou le siège, hors de Suisse de l'une des parties à l'époque de la conclusion de la clause compromissoire. *« Ce qui paraît déterminant pour décider si l'on est en présence d'un arbitrage interne ou d'un arbitrage international, c'est la localisation de l'objet du litige qui lorsqu'il s'agit d'un brevet étranger, crée un élément d'extranéité au même titre que le domicile ou le siège à l'étranger d'une des parties à l'arbitrage »* ; v. aussi F. PERRET « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention » in *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage mélanges offerts à Claude Reymond*, Litec, 2004, p. 232).

protection d'une invention sont remplies, auquel cas, il affirmera la validité du brevet ; dans le cas contraire, il ne pourra que constater la nullité du titre et cette nullité devrait avoir un effet erga omnes lorsqu'elle a été invoquée par voie d'action »[1039].

L'Institut fédéral de la propriété intellectuelle qui est, en Suisse, l'autorité administrative en charge de l'enregistrement des titres de propriété intellectuelle, procédera sur requête du licencié à l'exécution de la sentence en radiant l'inscription du titre du registre des brevets[1040]. Pour que le brevet suisse annulé par la décision arbitrale soit radié du registre national, la sentence doit avoir été déclarée exécutoire par le juge[1041].

599. Il convient d'observer qu'en droit suisse, la demande reconventionnelle formée dans le cadre d'un litige contractuel et visant à la constatation de la nullité du titre, est considérée comme une demande invoquée par voie d'action et si le brevet est annulé sur une telle demande, la décision arbitrale aura un effet absolu, opposable aux tiers. En revanche, le droit français analyse la demande reconventionnelle comme une demande incidente et la nullité constatée par l'arbitre n'aura pas d'effet à l'égard des tiers.

Toutefois, il semble qu'en droit suisse si la nullité est formulée par voie d'exception, c'est-à-dire par une défense au fond, elle n'aura d'effet qu'entre les parties. Cette différence de traitement de la sentence, selon que la question de la nullité soit soulevée à titre principal ou à titre incident ne paraît pas justifiée. Attribuer un effet *inter partes* à la sentence constatant la nullité du brevet accroît le risque d'une multiplication des titres « boiteux » ; *« il paraît à tout le moins incongru pour ne pas dire plus, que de prétendre qu'un droit serait inexistant entre les parties à l'arbitrage mais qu'il resterait valable à l'égard des tiers »*[1042].

600. ***L'arbitrabilité de la validité d'un brevet étranger en droit suisse***. Il est aussi intéressant d'examiner la solution retenue lorsque l'arbitre siégeant en Suisse doit se prononcer

---

[1039] F. PERRET, « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention », *op. cit.*, p. 239, n° 14.
[1040] F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit*, n° 8, p. 308 ; F. PERRET « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention », *op. cit*., p. 231-232.
[1041] P. Jolidon souligne que, pour que le brevet suisse annulé par la sentence arbitrale soit radié du registre des brevets, la décision doit avoir été déclarée exécutoire au sens de l'article 44 du Concordat intercantonal sur l'arbitrage (le texte a été remplacé par la LDIP), V. P. JOLIDON, « À propos de l'arbitrabilité (objective) en matière de brevets d'invention et de concurrence. Aperçu de droit comparé » in *Études de droit suisse et de droit comparé de la concurrence*, publiées par l'Association suisse de l'étude de la concurrence, 1986, p. 117 et 121. V. aussi *Feuille suisse des brevets, dessins et marques*, 1976, I, 9-10 ; F. PERRET, « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit comparé : Suisse/Allemagne/Italie », *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994, p. 80.
[1042] F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit.*, p. 317-318, n° 22.

sur la validité d'un brevet étranger. Une telle question peut être posée à l'arbitre, lorsqu'il est saisi d'un contentieux impliquant un brevet européen, lequel, une fois délivré, se scinde en un faisceau de brevets nationaux, qui demeurent soumis au droit de leur pays respectif de protection. Dans ce cas, se pose la question de savoir si l'arbitre peut s'en tenir aux critères d'arbitrabilité de la loi du siège de l'arbitrage ou s'il doit prendre en compte les restrictions à l'arbitrabilité imposées par la loi du pays de protection concernant le contentieux de l'annulation du titre.

601. ***La disparité des solutions entre arbitrage interne et arbitrage international***. Le droit suisse de l'arbitrage interne oblige l'arbitre à vérifier si le droit est disponible selon la loi du pays de protection afin de s'assurer de l'arbitrabilité du litige. Si c'est le cas, la sentence annulant le brevet étranger doit normalement avoir un effet *erga omnes,* à condition bien sûr de vérifier l'arbitrabilité du litige dans le pays de protection – motif pris du caractère disponible du droit et de l'absence d'une compétence exclusive du juge étatique relevant de l'ordre public – permettant ainsi l'exécution de la sentence. Si, en revanche, le droit est indisponible au regard de cette loi, le juge privé doit se déclarer incompétent, motif pris de l'inarbitrabilité du litige.

Cependant, en matière d'arbitrage international, l'arbitre siégeant en Suisse est dispensé de procéder à une analyse conflictuelle, dans la mesure où le critère d'arbitrabilité est celui de la nature patrimoniale de la prétention, qui est en soi suffisante pour rendre le litige arbitrable ; il s'agit d'une règle matérielle de droit international privé d'application directe. *« L'arbitre international siégeant en Suisse n'aura pas à se préoccuper de la question de l'arbitrabilité du litige au regard de la loi du pays de protection et cela même si celle-ci relève, d'après cette loi, de la compétence exclusive d'une juridiction étatique »*[1043].

Dans ces circonstances, si l'arbitre international fait droit à la demande reconventionnelle en nullité du brevet étranger invoquée par le licencié, il rendra une sentence ayant un effet *erga omnes* même si le litige ne serait pas arbitrable au regard du droit du pays de protection. Or, une telle décision d'annulation ne sera vraisemblablement pas reconnue et exécutée dans le pays de protection, si celui-ci exclut de l'arbitrabilité toute question relative à la validité du titre. L'annulation du titre pourrait s'avérer contraire à l'ordre public du pays au sens de l'article V §2 b) de la Convention de New York.

[1043] F. PERRET « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention », *op. cit.*, p. 237, n° 11.

602. ***La limitation des effets de la sentence annulant un brevet étranger***. Afin de surmonter cet obstacle, un tribunal arbitral siégeant à Zurich a procédé à la limitation des effets de sa décision d'annulation du brevet étranger[1044]. Dans cette affaire, le licencié a formé, à l'occasion d'un litige l'opposant au donneur de licence, une demande reconventionnelle en nullité d'un brevet allemand. Le tribunal arbitral a constaté que le droit était certainement disponible mais le droit allemand investissait le juge national d'une compétence exclusive pour connaître de toute question relative à la validité du droit – il convient de préciser que cette sentence était rendue sous l'égide du Concordat Intercantonal sur l'Arbitrage qui était à l'époque applicable aussi bien à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international.

Les arbitres ont alors requalifié la demande reconventionnelle en nullité du brevet en une défense au fond, c'est-à-dire comme si la nullité avait été soulevée à titre incident. Cette requalification a permis de conférer un effet *inter partes* à la sentence prononçant la nullité du brevet étranger. La décision n'affecterait ainsi en rien l'existence formelle du brevet en Allemagne et n'aurait aucun effet à l'égard des tiers. Nous avons, pourtant, souligné les défauts de cette solution, qui consiste à conférer seulement un effet *inter partes* à la décision d'annulation ; le même droit est inexistant entre les parties à l'arbitrage mais il reste valable à l'égard des tiers.

603. ***L'arbitrabilité de la validité d'un brevet national en droit belge***. Le droit belge retient en tant que critère d'arbitrabilité le caractère disponible du droit, sans distinguer entre arbitrage interne et arbitrage international, ainsi qu'en témoigne l'article 1676 du Code judiciaire belge. Plus précisément, la question de l'arbitrabilité du contentieux de l'annulation d'un brevet national est réglée par la loi belge du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention. L'article 73 §1 à 5 de cette loi institue une compétence exclusive en faveur du juge étatique pour statuer sur les litiges relevant de ces droits. Néanmoins, l'article 73 §6 prévoit expressément que la compétence exclusive des juridictions étatiques ne fait pas obstacle à ce que les contestations relatives à la propriété d'un brevet, à sa validité ou à la contrefaçon soient portées devant les tribunaux arbitraux.

L'effet absolu de la sentence annulant un brevet belge. S'agissant des litiges relatifs à la validité d'un brevet belge, l'article 51 § 1 de la loi du 28 mars 1984 prévoit même que le titre

[1044] Sentence CCI n° 6097, Bull. CCI, 1993, vol. 4, n° 2, p. 80.

de propriété intellectuelle peut être totalement ou partiellement annulé par une sentence arbitrale et la décision d'annulation aura un effet *erga omnes* ; le droit belge ne semble pas faire la distinction selon que la question de validité soit soulevée à titre principal ou à titre incident. L'article 51 §1 modifié par la loi du 10 janvier 2011 dispose que *« lorsqu'un brevet est annulé, en totalité ou en partie, par un jugement ou un arrêt ou par une sentence arbitrale, la décision d'annulation a, à l'égard de tous, l'autorité de la chose jugée sous réserve de la tierce opposition. Les décisions d'annulation passées en force de chose jugée sont inscrites au Registre »*. Dans ces conditions, il faut remarquer que la voie du recours en annulation de la sentence est exceptionnellement ouverte aux tiers qui seraient affectés par la décision arbitrale.

604. ***L'arbitrabilité de la validité d'un brevet étranger en droit belge.*** Si le litige porte sur la validité d'un brevet étranger, le caractère disponible du droit et l'arbitrabilité du litige devraient être appréciés par l'arbitre siégeant en Belgique au regard de la *lex causae*, c'est-à-dire de la loi du pays de protection du titre qui régit les droits litigieux.

605. ***L'approche du droit américain***. Enfin, le droit américain, à l'image du droit belge, admet le recours à l'arbitrage lorsqu'il s'agit des questions relatives à la validité d'un brevet national, sous réserve que la clause compromissoire confère un tel pouvoir aux arbitres[1045]. Toutefois, la sentence arbitrale aura un effet *inter partes* qu'elle confirme la validité du brevet ou qu'elle constate sa nullité.

Il convient d'observer qu'afin d'éviter une contrariété de décisions, l'article 35 § 294 (c) de la loi américaine sur les brevets d'inventions ouvre une voie de révision particulière dans l'hypothèse où un juge étatique a constaté la nullité du brevet alors même que sa validité avait été admise *inter partes* par un tribunal arbitral. Dans ce cas, la sentence peut être modifiée par le juge, à condition que les parties l'aient expressément prévu. Cependant, la loi américaine ne prévoit pas de remède à l'hypothèse où le brevet annulé *inter partes* par une sentence arbitrale restera valable à l'égard des tiers.

[1045] V. art. 35 § 294 (a) de la loi américaine sur les brevets d'invention. V. aussi David W. PLANT, « Arbitrability of Intellectual Property Issues in the United States » in the *American Review of International Arbitration*, 1994, vol. 5 n° 1 à 4, Columbia University, N. Y. 1994, p. 11 et s. et Paul M. JANICKE, *Arbitration of Disputes concerning Patents of Invention in Creative Ideas for Intellectual Property*, p. 214 et s.

III. Les solutions envisageables concernant la question de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité d'un titre de propriété intellectuelle

606. Après cette analyse du droit comparé de l'arbitrage, il convient de distinguer deux hypothèses concernant l'arbitrabilité du contentieux de l'annulation d'un titre de propriété intellectuelle, à savoir celle portant sur l'arbitrabilité de la question de validité d'un titre national (A) et celle à propos de l'arbitrabilité de la question de validité d'un titre étranger (B).

A. L'arbitrabilité de la question de validité d'un titre national

607. ***Le recours à l'arbitrage d'un litige relatif à la validité d'un titre national***. La première hypothèse vise la situation où le siège de l'arbitrage se trouve dans le pays de protection, c'est-à-dire l'arbitre est appelé à statuer sur la validité d'un titre national. Dans ce cas, si l'arbitrabilité du litige est admise dans ce pays, il faut laisser l'arbitre se prononcer sur la question, qu'elle soit posée à titre principal ou à titre incident.

L'arbitrabilité est reconnue lorsque la loi du pays de protection considère que le droit en cause a un caractère disponible et que l'éventuelle compétence exclusive au profit du juge étatique ne fait pas obstacle au recours à l'arbitrage, car elle ne relève pas de l'ordre public. Comme nous l'avons expliqué, les droits belge et suisse[1046] vont dans ce sens et il semble aussi être le cas en droit français.

L'admission de l'arbitrabilité permet de préserver le principe de célérité et éviter le morcellement du contentieux, dans la mesure où la nullité du titre est invoquée, dans la plupart de cas, à titre incident dans le cadre d'un litige contractuel. Cet objectif ne serait pas atteint si la question de la validité du titre était soustraite à la compétence de l'arbitre, alors qu'en dehors de celle-ci, le litige serait arbitrable ; le principe de célérité *« devrait être l'apanage de toute procédure arbitrale et qui le plus souvent motive ces opérateurs à choisir cette voie plutôt que la juridiction étatique »*[1047].

[1046] En droit suisse, la loi du 20 mars 2009 a institué le Tribunal fédéral des brevets en tant que juridiction spéciale unique pour connaître de tout litige relevant du droit de la propriété intellectuelle, en lieu et place des juridictions spéciales désignées par les lois d'organisation judiciaire cantonales. Néanmoins, il semble que cette compétence exclusive du Tribunal fédéral des brevets laisse intacte la compétence des tribunaux arbitraux pour statuer sur ces litiges (F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit.*, p. 316, n° 19).
[1047] F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit.*, p. 315, n° 18.

608. La sentence arbitrale annulant le titre doit avoir un effet *erga omnes*, à condition qu'elle ait été déclarée exécutoire par le juge et qu'elle ait été transmise à l'administration chargée de la publicité. Sous ces conditions, elle pourrait servir de fondement à une radiation du droit du registre national. Il est aussi possible, à l'image du droit belge, de mettre en place une tierce opposition afin de protéger les tiers, c'est-à-dire ouvrir exceptionnellement aux tiers la voie du recours en annulation de la sentence[1048].

Conférer seulement un effet *inter partes* à la décision arbitrale annulant le titre risque de conduire, ainsi que nous l'avons souligné à plusieurs reprises, à une multiplication des titres « boiteux », puisque le même droit serait inexistant entre les parties à l'arbitrage mais il resterait valable à l'égard des tiers. Dans ces conditions, il n'y a pas de raison de limiter l'arbitrabilité du litige à l'hypothèse où la question de nullité est soulevée à titre incident en accordant à la sentence d'annulation un effet *inter partes*, comme c'est le cas en droit français.

609. Il vaut mieux, à l'exemple du droit belge, admettre l'arbitrabilité en la matière, sans faire la distinction selon que la question de validité soit invoquée à titre principal ou à titre incident, et attribuer à la décision d'annulation un effet *erga omnes*, à condition qu'elle ait reçu l'*exequatur* et sous réserve de la tierce opposition. Nous rappelons que le droit suisse permet également le recours à l'arbitrage en matière de validité des brevets mais le prononcé par l'arbitre de la nullité du titre a un effet *erga omnes* si la nullité est invoquée par voie d'action ; si elle est formulée par voie d'exception, la sentence d'annulation n'a d'effet qu'entre les parties. Cette limitation des effets de la décision dans le cas où la question de validité est soulevée à titre incident ne semble pas justifiée[1049].

La solution que nous proposons part de l'idée qu'une coordination de la justice arbitrale et de la justice étatique doit être mise en place dans l'hypothèse où l'arbitre prononce l'annulation du titre. Le juge étatique aura l'occasion de contrôler une telle sentence lors de la procédure d'*exequatur* ou du recours en annulation, exceptionnellement ouvert aux tiers.

[1048] M. KALAFATOGLU, *L'arbitrabilité en matière de propriété industrielle, Étude en droit de l'arbitrage international*, L'Harmattan, 2018, qui plaide pour une large ouverture du contentieux des brevets à l'arbitrage, moyennant pour protéger les intérêts des tiers, la mise en place d'une tierce opposition adaptée au contexte.
[1049] F. BADEL, « Le contentieux de l'annulation du titre », *op. cit.*, p. 317-318, n° 22.

B. L'arbitrabilité de la question de validité d'un titre étranger

610. ***Le recours à l'arbitrage d'un litige relatif à la validité d'un titre étranger.*** La deuxième hypothèse envisageable concerne la situation où le siège de l'arbitrage se trouve dans un pays qui n'est pas celui du pays de protection dont dépend le droit en cause. En d'autres termes, l'arbitre est appelé à statuer sur la validité d'un titre étranger. L'approche que retiennent les droits français et suisse en matière d'arbitrage international, à propos de cette question, ne paraît pas satisfaisante. En effet, selon ces droits, il n'est pas nécessaire de recourir à la *lex causae*, c'est-à-dire à la loi du pays de protection, afin de vérifier l'arbitrabilité du litige. L'arbitre peut alors s'en tenir aux critères d'arbitrabilité de la loi du siège de l'arbitrage et sa décision d'annulation aura seulement un effet *inter partes*, afin d'éviter l'éventuel obstacle tenant à l'impossibilité d'exécution de la sentence dans le pays du titre, si ce dernier exclut de l'arbitrabilité toute question relative à la validité du titre[1050].

Il nous semble préférable, dans une telle hypothèse, de suivre la solution adoptée en droit suisse de l'arbitrage interne et en droit belge, selon laquelle il faut consulter la loi du pays de protection afin de s'assurer de l'arbitrabilité du litige. Si le droit de ce pays admet le recours à l'arbitrage, motif pris du caractère disponible du droit et de l'absence d'une compétence exclusive du juge étatique relevant de l'ordre public, la sentence d'annulation aura un effet *erga omnes*, à condition d'avoir reçu l'*exequatur* devant le juge étatique. Si, en revanche, la loi du pays du titre n'admet pas l'arbitrabilité, l'arbitre doit se déclarer incompétent.

611. ***L'arbitrabilité de la validité d'un brevet européen.*** Par ailleurs, il n'est pas sans intérêt d'évoquer que, sur le plan européen, à l'occasion de la deuxième conférence intergouvernementale sur la réforme de l'Office européen des brevets tenue à Londres le 16 et 17 septembre 2000, il a été proposé aux États membres de la Convention de Munich de rendre possible qu'une instance arbitrale examine la validité d'un brevet européen dans le cadre d'un arbitrage concernant une action en contrefaçon. Il a été précisé que la sentence arbitrale n'aura

[1050] Il convient de rappeler qu'en droit suisse de l'arbitrage international, le critère d'arbitrabilité retenu est celui du caractère patrimonial de la prétention en cause. L'arbitre siégeant en Suisse bénéficie ainsi d'une totale liberté pour se prononcer sur la nullité d'un brevet étranger (v. sentence CCI n° 6097, Bull. CCI, 1993, vol. 4, n° 2, p. 80, *op. cit.*, dans laquelle le tribunal arbitral siégeant à Zurich a statué sur la question de la validité d'un brevet allemand en accordant à sa décision un effet *inter partes*). Quant au droit français, dans l'affaire *Victocor Technologies* de la Cour de cassation précitée, il était question de la validité d'un brevet allemand. Selon le juge français, l'arbitre peut statuer sur la question de la validité du titre étranger soulevée à titre incident ; sa décision d'annulation n'aura qu'un effet *inter partes*.

en principe qu'un effet *inter partes*, les États membres pouvant toutefois lui donner un effet plus large, un effet *erga omnes*[1051].

En outre, l'Accord du 19 février 2013, instituant une juridiction unifiée du brevet entre les États membres de l'Union européenne ayant fait un tel choix, prévoit à son article 35 §1 la création d'un centre de médiation et d'arbitrage dédié au contentieux des brevets européens, qu'ils aient ou non un caractère unitaire[1052]. Le paragraphe 2 de l'article énonce, néanmoins, qu' *« un brevet ne peut pas être annulé ou limité dans le cadre d'une procédure de médiation ou d'arbitrage »*.

612. Or, selon J.-Ch. Gailloux, *« un tribunal arbitral saisi d'un litige relatif à un brevet européen ou un brevet unitaire pourra examiner toutes les questions de contrefaçon, mais aussi la question de leur validité et en constater la nullité, ce constat n'ayant pas une portée erga omnes mais seulement inter partes. Cela signifie que le constat de la nullité du titre ne figure pas au dispositif de la sentence et donc aucune transcription n'est inscrite aux registres des brevets considérés ; le constat de la nullité ne vaut qu'autant qu'il permet de donner une solution au litige principal »*[1053]. Toutefois, nous avons démontré que cette solution est contestable, puisque d'un côté, la limitation des effets de la sentence conduit à des situations « boiteuses » et d'un autre côté la distinction entre motifs et dispositif est moins marquée en droit de l'arbitrage qu'en procédure civile.

Enfin, il convient d'observer, comme le dit D. P. Fernandez Arroyo, que *« sur la scène de la CNUDCI, certains sujets parmi ceux qui ont été mentionnés comme objets d'éventuels travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage font référence à des matières habituellement liées à l'idée d'exclusivité. Ces discussions ont été centrées sur la question de l'arbitrabilité et la possible inclusion dans l'arbitrage des matières telles que l'insolvabilité, la concurrence ou les immeubles »*[1054] . *« L'arbitrage est de plus en plus engagé dans des matières qui présentent une*

[1051] V. F. PERRET, « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention », *op. cit.*, p. 240-241.
[1052] Nous allons étudier ultérieurement le projet portant sur la création d'un brevet européen à effet unitaire, v. *infra* n° 671 et s..
[1053] J.-Ch. GALLOUX, « Législation : le brevet européen à effet unitaire et l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet (19 avril 2013) », *RTD com*. 2013, p. 243.
[1054] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, p. 218, n° 192 ; v. Voir Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006), doc. A/CN.9/614 (octobre 2006), §4.

transcendance publique remarquable : concurrence, investissements, sociétés, propriété intellectuelle »[1055].

§2 Les autres cas d'affaiblissement des compétences exclusives

613. Nous allons examiner d'autres signes d'assouplissement des compétences exclusives, qui peuvent être observés, tant en droit national (I) en droit international, dans le cadre des Conventions de La Haye (II), ainsi qu'en droit européen (III).

I. L'affaiblissement de la compétence exclusive en droit national

614. ***La réalisation intellectuelle de la mesure d'exécution portant sur des biens incorporels***. Un autre signe d'affaiblissement des règles de compétence exclusive en droit national, mentionné auparavant[1056], concerne la compétence exclusive en matière d'exécution des décisions. Ainsi que nous l'avons expliqué, il y a eu en droit français une limitation du domaine d'application de cette compétence. En effet, la jurisprudence française semble admettre que le contentieux de la réalisation, purement intellectuel, de la mesure d'exécution portant sur des biens incorporels puisse échapper à la compétence exclusive du juge du lieu d'exécution.

Selon l'arrêt *Exsymol*[1057] de la Cour de cassation, la saisie-attribution prononcée par le juge français peut produire des effets sur un compte bancaire situé à l'étranger. Il convient d'observer que, dans cette affaire, la Cour d'appel avait exclu que l'effet attributif de la saisie puisse jouer sur le compte situé à l'étranger, en s'appuyant sur le principe de la territorialité des procédures d'exécution. Cette approche n'a pas été suivie par la Haute juridiction, qui a retenu que le juge français peut imposer à une banque de payer des sommes au titre d'une saisie-attribution, même si les fonds en question étaient détenus à l'étranger. Il s'agit d'une décision importante, dans la mesure où elle consacre le caractère extraterritorial d'une saisie.

[1055] *Ibid*., p. 228, n° 201. V. aussi *supra*, n° 172 et s., notre développement sur le mécanisme de résolution des litiges en matière d'investissements.
[1056] V. *supra*, n° 154 et s..
[1057] Civ 2e, 14 février 2008, *Exsymol c/ BNP Paribas*, n° 05-16.167, *D.* 2008, p. 686, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RTD civ 2008, p. 357, obs. R. PERROT ; *RTD com*. 2008, p. 601, obs. D. LEGEAIS ; *JDI* 2008, p. 1100, note S. BOLLÉE.

615. Par ailleurs, cette solution ne porte pas atteinte au principe de la territorialité des voies d'exécution, puisque ce dernier ne fait obstacle qu'à la seule réalisation matérielle d'une mesure de contrainte à l'étranger. Autrement dit, ce principe interdit les seules interventions matérielles des autorités d'exécution à l'étranger mais il ne s'oppose pas à un traitement « juridique et intellectuel » de la réalisation de la mesure par le juge français[1058]. Dans l'affaire *Exsymol*, la contrainte était doublement intellectuelle étant donné qu'elle portait sur un bien incorporel et n'avait pour effet que de transférer la titularité d'un droit.

L'acte de l'organe d'exécution, c'est-à-dire de l'huissier de justice français, n'avait exercé aucune contrainte matérielle, et ne pouvait être assimilé à une intervention matérielle à l'étranger ; il a pratiqué la saisie, en intervenant sur le territoire de l'État qui l'a institué. L'injonction adressée à la partie au litige de rapatrier en France des sommes détenues à l'étranger, dans le cadre de l'exécution d'une mesure de contrainte, n'impliquait aucune activité matérielle des autorités publiques françaises en territoire étranger.

616. Dans ces conditions, la compétence exclusive en matière d'exécution des décisions se limite à l'exécution proprement dite des mesures de contrainte, c'est-à-dire à la territorialité de la contrainte physique et à l'intervention matérielle des organes d'exécution. La contrainte intellectuelle ne donne pas lieu à une intervention matérielle visant à contraindre physiquement le débiteur à s'exécuter ou à tirer les conséquences matérielles de l'exécution forcée ; elle constitue, une simple évolution des droits et obligations du débiteur et doit échapper au principe de la territorialité des voies d'exécution[1059].

617. ***Le contentieux de la validité de la mesure d'exécution pratiquée à l'étranger.*** En outre, le droit français paraît admettre que le contentieux de la validité de la mesure d'exécution pratiquée à l'étranger puisse échapper aussi à la compétence exclusive des tribunaux du lieu d'exécution. La question de la validité d'une telle mesure a été posée dans un arrêt du 22 juin 1999[1060] et la Cour de cassation a admis, implicitement, que le juge français était compétent à ses yeux pour connaître du litige. Plus précisément, la cour d'appel de Paris n'avait pas prononcé son incompétence à propos de cette affaire ; elle a, en revanche, accueilli l'exception de connexité internationale invoquée par le créancier et s'est dessaisie au profit du juge

[1058] S. CLAVEL, *Droit international privé*, p. 211, Dalloz Hypercours, oct. 2018.
[1059] G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité des voies d'exécution », *JDI* 2008, p. 963.
[1060] Civ 1re 22 juin 1999, n° 96-22546, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 42, note. G. CUNIBERTI.

étranger. La Cour de cassation, en confirmant la décision des juges du fond, a reconnu que les deux juridictions étaient compétentes pour trancher le litige.

La nature de la saisie pratiquée, en l'espèce, n'est pas précisée dans l'arrêt ; il est probable qu'il s'agisse d'une mesure conservatoire. Dans tous les cas, la décision ne semble pas se cantonner à poser une solution propre à certaines saisies[1061]. Comme nous l'avons souligné, le principe de la territorialité des voies d'exécution sur lequel est fondée la compétence exclusive en la matière, n'interdit que l'intervention matérielle des organes d'exécution à l'étranger ; il n'empêche pas un tribunal de connaître d'une saisie pratiquée à l'étranger.

Outre ces cas d'assouplissement des compétences exclusives en droit national, il convient de remarquer que l'idée d'atténuation de ce type de règles est aussi présente en droit international.

II. L'assouplissement des compétences exclusives en droit international

618. ***Les signes d'affaiblissement des compétences exclusives dans les Conventions de La Haye.*** Il convient de rappeler qu'au niveau international, l'avant-projet de Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale[1062] prévoyait à son article 12 une série de compétences exclusives dans les mêmes matières que celles visées aux instruments européens – c'est-à-dire la matière immobilière et de baux d'immeubles, la validité des personnes morales et des décisions prises par leurs organes, la validité des inscriptions sur les registres publics, ainsi que la matière de propriété intellectuelle – à l'exclusion du domaine d'exécution des décisions. Selon les négociateurs, la compétence exclusive dans cette dernière matière semblait évidente ; il est évident que le juge du lieu d'exécution a une compétence exclusive pour assurer la mise en œuvre matérielle des mesures concrètes afin de garantir l'exécution de la décision[1063].

[1061] G. CUNIBERTI, « Conditions et régime de l'exception de connexité internationale », *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 42.
[1062] L'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999 est disponible en ligne à l'adresse suivante https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf.
[1063] C. KESSEDJIAN, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Conférence de La Haye de droit international privé, Doc. prél. N° 7 d'avril 1997, n° 91 ; v. aussi C. KESSEDJIAN, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Conférence de La Haye de droit international privé, Doc. prél. N° 8 de novembre 1997, n° 45.

619. ***L'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale***. Même si la tentative d'adoption de cette convention a finalement échoué, il n'est pas sans intérêt d'observer qu'il y avait certains signes d'assouplissement des compétences exclusives. En effet, concernant le for exclusif en matière de baux d'immeubles, le texte excluait la compétence exclusive du juge de l'État du *situs*, lorsque le locataire avait sa résidence habituelle hors de cet État[1064]. Par ailleurs, à propos de la compétence exclusive dans le domaine de validité des décisions adoptées par les organes d'une société, le rapport Nygh/Pocar relatif à l'avant-projet a souligné que la Commission spéciale a beaucoup hésité avant de prévoir une compétence exclusive pour les actions relatives aux décisions des organes de la personne morale. Cette hésitation s'explique par le fait que cette matière n'est pas fortement imprégnée de l'idée de souveraineté étatique[1065].

Dans ces circonstances, il est important de remarquer que selon le rapport Nygh/Pocar *« l'opportunité de prévoir des compétences exclusives dans la Convention a été longuement débattue au sein de la Commission spéciale. S'il est vrai que la plupart des systèmes juridiques nationaux connaissent de telles compétences exclusives, et qu'elles trouvent également leur place dans des conventions régionales, on peut s'interroger sur l'opportunité de les insérer dans une convention mondiale, dans le cadre de laquelle l'utilité pratique d'une distribution trop rigide de la compétence des États pourrait être contestée »*[1066]. Le texte provisoire établi en 2001 par la Conférence diplomatique proposait même d'éliminer la matière immobilière, la matière de sociétés et la propriété intellectuelle du champ d'application de la Convention mais il n'y a pas eu de consensus à propos de cette question[1067].

D. P. Fernandez Arroyo a précisé que *« les raisons de l'échec du projet sont variées et ont eu une influence différente. Mais tous les analystes coïncident sur un point : les problèmes pour*

[1064] Art. 12 §1 de l'avant-projet. Cette exception avait une portée plus large que celle prévue dans le système de Bruxelles, dans la mesure où elle n'est pas subordonnée à la durée et à l'usage de la location, ni à la qualité des parties concernées, ni à la résidence de ces dernières dans le même État, v. *supra*, n° 206. Le texte provisoire sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale établi en juin 2001 par la Conférence diplomatique (https://assets.hcch.net/docs/3e9441e5-7978-4b57-bee2-4c14d29f36f8.pdf) proposait de limiter l'exclusion des baux d'immeubles de la compétence exclusive de l'État de la situation du bien à un bail conclu pour une période maximale de six mois, mais aucun consensus n'a été atteint à propos de cette question.

[1065] Rapport NYGH/POCAR sur l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999 dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, p. 68 (https://assets.hcch.net/docs/191874f2-a885-49b2-b53a-f0ff5fee6ec4.pdf). Dans le même sens, C. KESSEDJIAN, Conférence de La Haye de droit international privé, Doc. prél. N° 8 de novembre 1997, *op. cit*., n° 29.

[1066] Rapport NYGH/POCAR, *op. cit*., p. 65.

[1067] Le texte provisoire est disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/3e9441e5-7978-4b57-bee2-4c14d29f36f8.pdf, v. p. 12-13.

arriver à un accord en matière de certains fors en principe exorbitants – en particulier le doing business – et en matière de fors exclusifs – en particulier celui relatif à la propriété intellectuelle – faisaient partie des points pour lesquels aucun consensus n'était possible »[1068].

620. ***La Convention de La Haye sur les accords d'élection et la Convention Jugements***. Quant à la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005, elle exclut de son champ d'application les mêmes matières pour lesquelles l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale avait instauré une compétence exclusive (article 2).

Dans le même esprit, la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale du 2 juin 2019 (Convention Jugements) exclut de son domaine d'application la validité des sociétés ou des décisions prises par leurs organes, la validité des inscriptions sur les registres publics et la propriété intellectuelle (article 2 §1). Elle prévoit, pourtant, à son article 6 un chef indirect de compétence exclusive pour les jugements portant sur les droits réels immobiliers.

Une compétence exclusive est aussi édictée seulement pour les baux d'habitation (article 5 §3) – sans pourtant exclure la reconnaissance ou l'exécution du jugement rendu par un autre État en vertu du droit national[1069]. Dans ces conditions, il est intéressant de rappeler que le projet de Convention Jugements de 2018 prévoyait aussi un chef indirect de compétence exclusive pour les jugements portant sur la validité des droits de propriété intellectuelle, en admettant leur reconnaissance et exécution uniquement s'ils ont été rendus par l'État d'enregistrement. Cette disposition n'a pas été reprise par la Convention finalement adoptée[1070], qui, en excluant la matière de propriété intellectuelle de son champ d'application, a préféré de ne pas protéger la compétence exclusive de l'État d'enregistrement du titre lorsque le litige porte à titre principal sur la question de la validité du droit en cause.

[1068] D. P. FERNANDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, p. 177, n° 158.

[1069] Le projet de Convention Jugements de 2018 prévoyait à son article 6 c) un chef indirect de compétence exclusive en matière de baux immobiliers pour des jugements portant sur un bail immobilier d'une durée supérieure à six mois et à condition que la loi de l'État où le bien est situé attribue aux tribunaux de cet État une compétence exclusive sur cette matière. Ce fondement exclusif de la reconnaissance et de l'exécution n'a pas été retenu par la convention finalement conclue (v. Rapport explicatif de F. - J. GARCIMARTIN ALFEREZ et G. SAUMIER, à propos du projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, p. 54, n° 236 et s., le rapport est disponible en ligne à l'adresse https://assets.hcch.net/docs/5e717379-f063-4f25-b635-dd1ba9191d0a.pdf)

[1070] V. *supra*, n° 147.

621. ***La limitation de la portée des compétences exclusives***. Enfin, il faut observer que l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale avait limité le jeu des règles de compétence exclusive au cas où le juge est saisi à titre principal de la question visée. Ces règles ne pouvaient pas s'appliquer lorsque le tribunal était saisi de ces questions à titre incident (article 12 §6). La tendance à la restriction de la portée des fors exclusifs est évidente. S'agissant des effets de la décision du juge statuant, de manière incidente, à la question tombant sous l'empire d'une compétence exclusive, le rapport Nygh/Pocar a précisé qu'elle avait seulement un effet *inter partes*. Nous avons, cependant, expliqué que cette solution n'est pas satisfaisante, puisqu'elle risque de conduire à des situations « boiteuses », dans la mesure où la société ou le titre de propriété intellectuelle annulé à titre incident dans les relations entre les parties, sera considéré comme valable à l'égard des tiers[1071].

Dans la même optique, la Convention de La Haye du 30 juin 2005 donne aussi la possibilité au juge élu de se prononcer sur des questions incidentes portant sur une matière exclue du champ d'application du texte, car relevant de la compétence exclusive d'un autre juge (article 2 §3). À l'image de ce texte, la Convention Jugements permet aussi au juge d'origine de connaître de demandes incidentes portant soit sur une matière exclue et relevant, alors, éventuellement de la compétence exclusive d'un autre juge, soit sur la matière immobilière visée à l'article 6 (article 2 §2 et 8 §1). Quant à la reconnaissance et l'exécution de la décision statuant sur la question incidente, les deux conventions renvoient au droit national[1072].

III. L'assouplissement des compétences exclusives en droit européen

622. ***L'affaiblissement de la compétence exclusive en matière immobilière***. En droit européen, un premier signe d'affaiblissement peut se constater à propos du for exclusif en matière immobilière. Ainsi que nous l'avons expliqué[1073], les textes européens ont établi une exception pour les contrats de bail de courte durée, offrant une option au demandeur entre le for de l'immeuble et le for du domicile du défendeur. L'hypothèse visée est celle où le contrat de location est conclu, en vue d'un usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs, entre deux personnes établies dans le même État membre, à propos d'un

[1071] V. *supra*, n° 309 et s..
[1072] V. *supra*, n° 322 et 328.
[1073] V. *supra*, n° 204 et s..

immeuble situé dans un autre État membre, et à condition que locataire soit une personne physique. Le rapport Jenard/ Möller qualifie ces deux compétences exclusives de *« compétences exclusives alternatives »*[1074].

623. ***La distorsion de la notion de compétence exclusive***. Il s'agit, toutefois, d'une solution qui conduit à la distorsion de la notion de compétence exclusive, dans la mesure où cette dernière n'est pas compatible avec l'existence d'une compétence concurrente. En d'autres termes, l'idée d'une double exclusivité obscurcit et affaiblit finalement la notion de compétence exclusive, qui est incompatible avec la possibilité d'une option de compétence. Comme l'a justement fait observer H. Muir Watt, nous sommes en présence d'une *« barbare exclusivité alternative »*[1075].

C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine[1076] a proposé d'exclure les baux d'immeubles de la compétence exclusive de l'article 24 §1 RBI *bis*, de façon à laisser place au jeu des fors contractuels. Si l'objectif poursuivi est la protection du locataire, il semble, effectivement, préférable de considérer que les contrats de location relèvent plutôt de la matière contractuelle ou du régime spécial des contrats de consommation et prévoir une option de compétence spéciale, en faveur du juge du lieu de situation de l'immeuble. La compétence de ce dernier serait concurrente et non pas exclusive. Une règle protectrice spécifique paraît plus adaptée que la rigidité d'une compétence exclusive, qui est susceptible d'empêcher le locataire de pouvoir saisir un tribunal proche de ses intérêts.

624. ***L'interprétation restrictive des règles de compétence exclusive en matière immobilière et dans le domaine d'exécution des décisions***. Un autre élément qui démontre l'orientation vers l'assouplissement des règles de compétence exclusive en droit européen consiste à l'interprétation restrictive retenue par la CJUE à propos de ces règles. De la jurisprudence que nous avons examinée auparavant[1077], se dégage une tendance évidente à la restriction du jeu des fors exclusifs, notamment en matière immobilière, dans le domaine de l'exécution des décisions et en matière de sociétés. L'idée d'une interprétation stricte des

[1074] Rapport Jenard/Möller, JOCE, N° C 189/57, p. 75.
[1075] H. MUIR WATT, « Compte rendu de l'ouvrage de Fernández Arroyo (Diego P.) : El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea », *Rev. crit. DIP* 1998, p. 372.
[1076] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridiction, Étude de droit international privé*, *op. cit.*, p. 257 ; H. MUIR WATT, « Compte rendu de l'ouvrage de Fernández Arroyo (Diego P.) : El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea », *op. cit.*.
[1077] V. *supra*, n° 90 et s..

compétences exclusives est fondée sur leur caractère dérogatoire par rapport aux fors normaux et concerne non seulement le champ d'application de ces règles mais aussi leur portée. La Cour de justice a souligné à plusieurs reprises que tout ce qui ne relève pas du droit réel ou d'un contrat de bail *stricto sensu* n'a pas de place dans le for exclusif[1078].

Quant à la compétence exclusive en matière d'exécution des décisions, la CJUE a précisé qu'elle concerne seulement le contentieux relatif à la réalisation des mesures d'exécution forcée et non pas celui de l'autorisation des mesures conservatoires[1079]. Par conséquent, le juge d'un État membre, compétent au fond, peut prononcer une telle mesure portant sur des biens situés à l'étranger. Les mesures conservatoires échappent au principe de la territorialité des voies d'exécution, puisqu'elles peuvent avoir un effet extraterritorial.

625. Comme nous l'avons souligné, ce principe ne concerne que les seules interventions matérielles des autorités d'exécution et la compétence exclusive de l'État pour effectuer des actes matériels de contrainte sur son territoire ; il n'interdit pas d'accepter de tenir compte d'ordres provenant d'organes étrangers. Ces derniers sont pris en compte à travers la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Il n'y a aucune raison de limiter cette règle de reconnaissance et exécution à certains types de jugements et exclure ceux prononçant une voie d'exécution[1080]. Il faut rappeler, à cet égard, la reconnaissance par l'ordre juridique français de l'injonction *Mareva* de *common law*, qui a une nature personnelle et est assimilée à une mesure conservatoire – contrairement à la saisie conservatoire française, l'injonction

[1078] V. CJCE 14 décembre 1977, *Sanders*, aff. C-73/77, attendus 17 et 18 ; CJCE 15 janv. 1985 *Rösler*, aff. C-241/83, attendu 10 ; CJCE 10 janvier 1990, *Reichert c. Dresdner Bank I*, aff. C-115/88, attendu 9 ; CJCE 26 février 1992, *Hacker c/ Euro-Relais*, aff. C-280/90, attendu 12 ; CJCE 9 juin 1994 *Lieber*, aff. C-292/93, attendu 12 ; CJCE 27 janvier 2000 *Dansommer*, aff. C-8/98, attendu 21 ; CJCE 5 avril 2001 *Gaillard*, aff. C-518/99, attendu 14 ; CJCE 13 oct. 2005, *Klein*, aff. C-73/04, attendu 15 ; CJCE 18 mai 2006, *Land Oberösterreich c/ ČEZ* aff. C-343/04, attendu 26 ; CJUE 17 décembre 2015, *Virpi Komu*, aff. C-605/14, attendu 24 ; CJUE 16 novembre 2016, *Wolfgang Schmidt*, aff. C-417/15, attendu 28 ; CJUE, 14 févr. 2019, aff. C630/17, Milivojević, attendu 98 ; CJUE, 15 mai 2019, *MC*, aff. C-827/18 (Conv. Lugano II), attendu 20.

[1079] CJCE, 27 mars 1979, aff. 143/78, *De Cavel*, *D.* 1979, inf. rap. p. 457, obs. B. AUDIT ; *JDI* 1979, p. 681, note A. HUET ; *Rev. crit. DIP* 1980, p. 621, note G. DROZ ; CJCE, 21 mai 1980, aff. 125/79, *Denilauler*, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 787, note E. MEZGER ; JDI 1980, p. 939, obs. A. HUET ; D. 1981, inf. rap. p. 158, obs. B. AUDIT. CJCE, 26 mars 1992, *Reichert II*, aff. C-261/90, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 714, note B. ANCEL ; *JCP N* 1992, 101611, note E. KERCHOVE. La Cour de justice a aussi refusé d'étendre la compétence exclusive à la question de l'appréciation de la créance fondant la mesure d'exécution invoquée dans le cadre d'une action en opposition à exécution (CJCE, 4 juill. 1985, *A.S. Autoteile c/ Malhé*, aff. 220/84, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 147, note E. MEZGER ; *JDI* 1986, p. 449, obs. A. HUET). V. sur ce point, *supra*, n° 228 et s..

[1080] G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op cit.*, n° 16 et s..

Mareva ne rend pas les biens du débiteur indisponibles, mais impose à ce dernier une obligation de ne pas amoindrir son patrimoine[1081].

En outre, la Cour de justice a jugé, dans une décision récente[1082], que lorsque le juge d'un État membre a ordonné la saisie-arrêt conservatoire d'un compte situé dans un autre État membre et que cette saisie a été pratiquée dans ce dernier, le juge qui a autorisé la mesure peut décider de sa mainlevée, même si elle a été exécutée dans un État membre autre que celui du for. Il peut aussi interdire de procéder à nouveau à de telles saisies sur le fondement de mêmes faits.

626. En l'espèce, la mesure conservatoire a été ordonnée par le juge néerlandais, dans le cadre d'une procédure de référé, et pratiquée sur un compte situé en Belgique. Le juge hollandais a été saisi par trois sociétés de droit privé contre une organisation internationale et la saisie a été autorisée dans l'attente de la résolution d'un litige contractuel opposant les parties. L'organisation internationale a, par la suite, saisi la même juridiction d'une action en référé, en invoquant son immunité d'exécution, afin d'obtenir tant la mainlevée de la saisie conservatoire que l'interdiction de pratiquer de nouveau une telle saisie sur la base des mêmes faits. Selon la Cour de justice, cette action ne relève pas de la compétence exclusive du juge de l'État membre dans lequel la saisie a été exécutée, dans la mesure où elle n'est pas relative à l'exécution de décisions, c'est-à-dire elle ne vise pas à faire trancher une contestation portant sur la mise en œuvre matérielle des décisions (points 72-73 de l'arrêt)[1083].

[1081] Civ. 1ère, 30 juin 2004, *Stolzenberg*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2005, p. 112, note G. CUNIBERTI. Le juge français a aussi admis que le créancier puisse cumuler l'injonction *Mareva*, qui s'opère *in personam* et la saisie conservatoire française, qui s'opère *in rem*, puisque ces mesures ont des objets différents et l'autorité de la chose jugée de la décision étrangère ordonnant l'injonction *Mareva* ne peut pas ainsi faire obstacle au prononcé de la saisie conservatoire française (Civ. 1re, 3 oct. 2018, n° 17-20.296, *D.* 2019, p. 475, note K. MEHTIYEVA ; *Rev. crit. DIP* 2019, p. 215, note S. MÉNÉTREY et G. CUNIBERTI).

[1082] CJUE, 3 sept. 2020, *Supreme Site Services*, aff. C-186/19 ; Concl. H. Saugmandsgaard Øe.

[1083] La CJUE a également précisé que l'invocation d'une immunité d'exécution ne fait pas obstacle à l'examen par le juge de sa compétence au titre du RBI *bis*. La question de savoir si l'immunité d'exécution s'oppose à la compétence de la juridiction saisie pour connaître de l'action ou à adopter des mesures d'exécution contre l'organisation intervient à un stade ultérieur, après la détermination de la compétence internationale de cette juridiction (point 74 de l'arrêt). La Cour de justice a, par ailleurs, souligné que la circonstance qu'une organisation internationale invoque, au soutien de son action en référé, le privilège tiré de l'immunité d'exécution n'exclut pas d'office le litige du champ d'application matériel du RBI *bis* (points 58 et s. de l'arrêt). Il convient d'examiner si l'organisation exerce des prérogatives de puissance publique, afin de déterminer si le litige relève ou non du champ d'application du règlement. Pour cela, il faut prendre en compte les critères dégagés par la jurisprudence européenne afin de qualifier une action comme relevant de la matière civile et commerciale, à savoir les éléments qui caractérisent la nature des rapports juridiques entre les parties au litige ou l'objet de celui-ci ou le fondement et les modalités d'exercice de l'action intentée (CJUE 14 novembre 2002, *Baten*, aff. C-271/00, point 29 ; CJUE 18 octobre 2011, *Realchemie Nederland*, aff. C-406/09, point 39 ; CJUE 11 avril 2013, *Sapir e.a.*, aff. C-645/11, point 34 ; CJUE 12 septembre 2013, *Sunico e.a.*, aff. C-49/12, point 35 et CJUE 7 mai 2020, *Rina*, aff. C-641/18,

Dans ces conditions, il est aussi intéressant de noter la procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires mise en place par le règlement du 15 mai 2014, mentionnée auparavant[1084]. Cette procédure a permis de parvenir à une certaine harmonisation du droit des saisies et accélérer le recouvrement des créances transfrontières, en autorisant la saisie conservatoire des comptes bancaires situés dans d'autres États membres sans en informer préalablement le débiteur. Cette procédure permet d'éviter une pluralité de saisies, dans le cas où le débiteur est titulaire de comptes bancaires en divers États membres.

627. ***La limitation de la portée de la compétence exclusive en matière de sociétés***. Enfin, s'agissant de la compétence exclusive en matière de sociétés (article 24 RBI *bis*), la jurisprudence européenne a également opté pour une interprétation restrictive concernant d'une part, le domaine d'application de la règle, surtout en matière de validité des décisions prises par les organes d'une société, et d'autre part, la portée de la règle de compétence. En effet, la CJUE a précisé qu'il ne suffit pas que l'action judiciaire présente un lien quelconque avec une décision adoptée par un organe d'une société, pour que la règle de compétence exclusive reçoive application. Il faut que le litige porte sur la régularité intrinsèque de la délibération de l'organe social appréciée selon les dispositions qui régissent le fonctionnement de la société[1085]. Par ailleurs, il convient de rappeler que l'exclusivité se limite à des litiges portant à titre principal sur la validité des sociétés ou des décisions de leurs organes. L'article 24 RBI *bis* vise uniquement les litiges dont l'objet principal porte sur ces questions[1086].

Cette approche de la Cour de justice relativement à la portée du texte se justifie par la volonté de préserver les principes de prévisibilité et de sécurité juridique des règles de compétence. Ces derniers ne seraient pas respectés si l'applicabilité de la règle pouvait varier en fonction de l'existence d'une question accessoire, susceptible d'être soulevée à tout moment par l'une des

points 32 et 35). En l'espèce ni le rapport juridique entre les parties, ni le fondement et les modalités de l'action engagée ne peuvent être considérés comme révélateurs de l'exercice de prérogatives de puissance publique ; l'objet de la saisie-arrêt conservatoire consistait à assurer la sauvegarde des droits de créance nés d'un rapport juridique de nature contractuelle et l'action intentée visant à obtenir la mainlevée de la saisie trouve son fondement dans les règles de droit national, à savoir l'article 705 §1 du Code de procédure civile néerlandais (points 65 et s. de l'arrêt).

[1084] V. *supra*, n° 163-164.

[1085] CJCE 2 oct. 2008, *Nicole Hassett contre South Eastern Health Board et Cheryl Doherty contre North Western Health Board*, aff. C-372/07, *Rev. crit. DIP* 2009. 71, note B. ANCEL, *Europe* 2008, comm. 432, obs. L. IDOT.

[1086] CJUE 12 mai 2011, *Berliner Verkhersbetriebe (BVG) c/ JP Morgan Chase Bank NA*, aff. C-144/10, *D.* 2011, panor. 2436, obs. S. BOLLÉE ; *D.* 2012, panor. 1228, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2011, 922, note E. TREPPOZ ; *Europe* 2011, com. 276, L. IDOT ; CJUE, 23 octobre 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS c/Starptautiskā lidosta Rīga VAS et Air Baltic Corporation AS*, aff. C-302/13, *Procédures* 2015 nº 1 p.42-43, note C. NOURISSAT ; *Europe* 2014 Décembre Comm. n° 12 p. 38, obs. L. IDOT.

parties au litige. Autrement dit, la mise en jeu incidente des questions portant sur l'existence de la société ou la validité des décisions de ses organes ne doit pas paralyser la compétence du juge saisi. Cette analyse permet, par ailleurs, d'éviter le risque des manœuvres dilatoires, puisque des questions incidentes couvertes par l'article 24 § 2 RBI *bis* pourraient être invoquées à titre dilatoire, à l'occasion d'un litige de nature contractuelle ou délictuelle, dans le seul but de remettre en cause la compétence du juge saisi.

628. La Cour de cassation française a suivi la solution de la CJUE en jugeant que l'article 24 §2 RBI *bis* ne couvre que les demandes principales contestant l'existence de la société ou de ses délibérations sociales[1087]. Elle a même appliqué cette interprétation stricte de la portée du texte en matière de fictivité de société, laquelle conduit nécessairement à s'interroger sur sa validité. La compétence du juge français, saisi d'un litige dans le cadre duquel l'une des parties se prévaut à titre incident de la fictivité d'une société de droit étranger, ne peut pas être mise en échec au profit du juge du siège, dans la mesure où l'action n'a pas pour objet principal le prononcé de la nullité de la société[1088].

Nous avons, pourtant, expliqué que même si la solution adoptée, par la CJUE et la Cour de cassation, à propos de la matière de sociétés, laisse entendre que le juge saisi à titre incident d'une question couverte par l'article 24 RBI *bis* peut se prononcer sur celle-ci, elle ne traite pas du point de savoir s'il faut reconnaître un effet *erga omnes* à la décision du juge statuant sur la question incidente. Dans ces conditions, nous avons proposé une solution souple afin de résoudre ce problème tenant aux effets du jugement[1089].

629. ***Les inconvénients de l'interprétation large de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle***. Contrairement à l'interprétation restrictive retenue par la Cour de justice quant aux compétences exclusives prévues en matière immobilière, sociétaire et dans le domaine d'exécution des décisions, les juges de Luxembourg ont interprété de façon large la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle, en estimant que cette dernière

---

[1087] V. *supra*, n° 125 et s.. Com. 16 avril 2013, *Hippocampe*, n° 11-25.956, *Rev. sociétés* 2013. 637, obs. M. MENJUCQ, *BJS* 2013 p. 742, note B. DONDERO.

[1088] Civ 1re, 9 septembre 2015, n° 14-12. 658, *Petrona Tower*, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 537, note L. D'AVOUT, *D.* 2016, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; Civ. 1re, 4 mai 2017, n° 16-12.853, *Société Euroinvest intermed c/ société Compagnie européen de gestion immobilière et* services, D. 2017, p. 2061, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *Bull. Joly Sociétés* 2017, p. 539, note M. MENJUCQ ; *Revue des sociétés* 2017, p. 648, note Th. MASTRULLO ; Civ 1re 11 avril 2018 aff. 16-24653, *D.* 2018, p. 1938 bs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE.

[1089] V. *supra*, n° 337 et s..

s'applique à tout litige dans lequel la validité d'un brevet est remise en cause, que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception[1090]. Nous avons examiné le caractère injustifié de cette dualité d'analyse ainsi que les défauts de la solution adoptée en matière de propriété intellectuelle[1091].

Elle semble, en effet, conforter les stratégies dilatoires, dans la mesure où le défendeur de mauvaise foi à l'action en contrefaçon n'a qu'à soulever à titre incident la nullité du titre de propriété intellectuelle pour échapper à la compétence du juge saisi et prolonger la procédure. Par ailleurs, l'éparpillement du contentieux est inévitable, lorsque le litige concerne un brevet européen, puisque ce dernier, une fois obtenu, se scinde en un faisceau de brevets nationaux régis par le droit national des États membres. Ainsi, dans ce cas, il faut s'adresser aux tribunaux de tous les États membres visés, ce qui est susceptible de retarder sérieusement l'issue du litige.

Face à ces inconvénients de la jurisprudence européenne retenue à propos de la portée de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle, les États membres de l'UE ont envisagé de créer un brevet européen à effet unitaire, en confiant son contentieux à une juridiction supranationale autonome. Quant aux marques européennes, il est important de remarquer que des règles de compétence spécifiques ont été mises en place. Nous allons, ainsi, à présent, nous intéresser à ces systèmes juridictionnels spécifiques.

Section II : La métamorphose de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle

630. La solution adoptée par la CJUE dans son arrêt *GAT*, à propos de la compétence exclusive en matière de brevets, a été à l'origine de la volonté de modifier profondément les règles de compétence en la matière par l'unification matérielle que représente l'invention du brevet européen à effet unitaire.

Avant d'entrer dans le détail, il convient de rappeler que la solution retenue dans la décision précitée semble être en décalage avec les dispositions de la Convention de La Haye du 30 juin 2005 ainsi qu'avec celles de la Convention de La Haye du 2 juin 2019. En effet, ces textes

[1090] CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LuK*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. WILDERSPIN ; *RTDE* 2007, p. 679, obs. SCHMIDT-SZALEWSKI.
[1091] V. *supra*, n° 266 et s..

permettent de déroger à la compétence exclusive des juridictions du pays de l'enregistrement du titre de propriété intellectuelle, lorsque la question de la validité de ce dernier est posée à titre incident devant le juge élu ou devant le juge saisi compétent au fond. Concernant la reconnaissance et l'exécution du jugement statuant sur la question incidente, les conventions renvoient au droit national[1092].

631. En outre, la jurisprudence *GAT* a été condamnée par des instruments de *soft law*, qui militent contre l'extension de la compétence exclusive lorsque la question de la validité du titre est soulevée à titre incident, notamment dans le cadre d'une action en contrefaçon[1093]. Dans la même logique, nous avons constaté que certains droits nationaux permettent à l'arbitre de statuer sur la question de la validité du brevet, soulevée de manière incidente à l'occasion d'un litige, alors que l'arrêt *GAT* impose au juge saisi du litige de surseoir à statuer dans le cas où la validité du brevet est invoquée à titre reconventionnel.

Les difficultés, qu'a suscitées l'interprétation large de la compétence exclusive en matière de brevets, ont conduit à la création, dans le cadre européen, d'un système juridictionnel propre à la matière (§2). Avant d'étudier ce dernier, il serait intéressant d'examiner l'institution de la marque de l'Union européenne, qui s'accompagne aussi de la mise en place d'un système juridictionnel spécifique (§1).

§1 La mise en place d'un système juridictionnel spécifique en matière de marques

632. Le domaine de marques et, de façon plus générale, de propriété industrielle, a subi une forte internationalisation. L'adoption de très nombreux textes internationaux a permis l'harmonisation matérielle, ce qui a finalement diminué l'enjeu du conflit de lois, sans pourtant remettre réellement en cause le principe de la territorialité des droits de propriété industrielle.

[1092] V. articles 2 §3 et 10 §1 de la Convention de La Haye du 30 juin 2005 et articles 2 §2 et 8 §1 de la Convention de La Haye du 2 juin 2019.

[1093] « *American Law Institute Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* », (ALI Principles), St. Paul, MN : American Law Institute, 2008 ; « *Transparency of Japanese Law Project, Transparency Proposal on Jurisdiction, Choice of Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Intellectual Property* » finalisés en 2009 (Transparency Proposal) ; *« Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights, Joint Proposal Drafted by Members of the Private International Law Association of Korea and Japan »* adoptés le 14 octobre 2010 (Joint Korean and Japanese Proposal) ; « *Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, prepared by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property* » (CLIP Principles), Oxford University Press, 2013 ; *« Lignes directrices de Kyoto sur la propriété intellectuelle et le droit international privé »* adoptées par l'Association de droit international le 13 décembre 2020.

En vertu de ce dernier, l'efficacité d'une marque ou d'un brevet est limitée au territoire de l'État dans lequel le droit est enregistré, ce qui conduit à l'application systématique de la loi du pays de protection.

Toutefois, ces textes internationaux ne se sont pas intéressés aux questions de compétence internationale en matière de marques, laissant au droit national le soin de définir les conditions d'intervention de ses juridictions. Le droit européen a, cependant, tenté de procéder à l'unification du contentieux des marques avec, d'une part, l'édiction des règles de compétence internationale communes (I) et surtout avec, d'autre part, la création de la marque de l'Union européenne assortie d'un système juridictionnel spécifique (II).

I. L'unification des règles de compétence internationale

633. ***La compétence exclusive prévue par le RBI bis***. Au niveau européen, la détermination de la compétence internationale en matière de marques s'effectue, dans la majorité des cas, selon les dispositions du RBI *bis*. Il faut rappeler que le contentieux de la validité fait l'objet d'une compétence exclusive au profit du juge de l'État membre d'enregistrement du titre (article 24 §4 RBI *bis*). Le contentieux visé par cette règle de compétence exclusive est interprété de façon stricte[1094] ; les litiges portant sur la contrefaçon et, plus largement, sur l'exploitation contractuelle de la marque ne sont pas réservés aux juridictions de l'État d'enregistrement[1095].

634. ***La conception large de la compétence exclusive***. Nous avons, néanmoins, observé que la question de l'extension de la compétence exclusive, en présence d'une action portant sur la validité d'une marque soulevée à titre incident, a posé de difficultés sérieuses. Il est, en effet, assez fréquent qu'en pratique le défendeur à une action en contrefaçon, invoque à titre

[1094] CJCE 15 nov. 1983, aff. 288/82, *Duijnstee*, *JCP E* 1984. I. 13389, obs. G. BONET, J.-B. BLAISE, *Rev. crit. DIP* 1984. 366, note G. BONET. Les actions en matière d'inscription ou de validité visées à l'art. 24 §4 RBI bis doivent être entendues comme portant sur *« la validité, l'existence ou la déchéance »* ou sur *« la revendication d'un droit de priorité au titre d'un dépôt antérieur »*.

[1095] Pour les règles de compétence en matière de contrefaçon et d'exploitation contractuelle de la marque, v. A. HUET, « L'incidence de la territorialité des marques et brevets nationaux sur la compétence des tribunaux français en matière de contrefaçon », Mélanges Burst, Litec, 1997, p. 253 ; P. VÉRON, « Trente ans d'application de la Convention de Bruxelles à l'action en contrefaçon de brevet d'invention », *JDI* 2001, p. 805 ; O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, p. 383 et s. ; M. VIVANT, « Le commerce électronique, défi pour le juge », *D.* 2003, chron. 674 ; E. PATAUT, « Compétence internationale et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *Gaz. Pal.* 28 oct. 2005, p. 5.

reconventionnel la nullité de la marque. La CJUE, dans son arrêt *GAT*[1096], a opté pour une conception large de la compétence exclusive, en jugeant que le tribunal saisi de l'action en contrefaçon doit surseoir à statuer en attendant la décision du juge de l'État d'enregistrement. La compétence exclusive doit jouer non seulement quand la matière soumise à l'exclusivité est posée à titre principal mais aussi quand elle est soulevée à titre incident, dans le cadre du litige.

635. ***La nécessité d'une solution plus souple***. La Cour de justice a rejeté une conception moins rigoureuse de la compétence exclusive, qui permettrait au juge de la contrefaçon de statuer sur la demande incidente, en faisant prévaloir les considérations de commodité procédurale et l'unité du contentieux. Nous avons examiné les défauts de cette jurisprudence et nous avons proposé une solution plus souple, fondée sur la confiance mutuelle et la coopération[1097]. Plus précisément, il faudrait laisser une marge de manœuvre au juge initialement saisi, en renforçant ses échanges avec les juridictions et les services administratifs de l'État d'enregistrement du titre.

S'il considère que la question de validité ne soulève pas de difficulté sérieuse, il pourrait statuer et sa décision aura un effet *erga omnes*, à condition qu'elle soit reconnue et exécutée dans l'État de délivrance du titre – attribuer seulement un effet *inter partes* au jugement accroît le risque d'une multiplication des titres « boiteux ». Afin d'éviter un refus de reconnaissance et d'exécution de la décision au nom de l'ordre public international, il faudra préserver la bonne application de la loi étrangère, ce qui peut se réaliser en incitant le dialogue entre les juridictions, pour que le juge initialement saisi puisse consulter l'avis de son homologue, lorsque la mise en œuvre de la loi étrangère s'avère être une tâche difficile. Si, en revanche, le juge estime que la demande incidente soulève de difficulté sérieuse, il pourrait surseoir à statuer et accorder un délai aux parties pour saisir le juge exclusivement compétent ou poser directement une question préjudicielle auprès de celui-ci.

Comme le souligne E. Pataut[1098], plusieurs éléments peuvent faire pencher la balance en faveur d'une interprétation moins rigoureuse de la compétence exclusive en matière de propriété industrielle et des considérations de souveraineté qui sont à l'œuvre dans l'article

[1096] CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LuK*, *op. cit.*.
[1097] V. *supra*, n° 274 et s. ; n° 337 et s..
[1098] E. PATAUT, « Compétence internationale et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *op. cit.*.

24 §4 RBI *bis*. D'une part, il y a une intense coordination entre les systèmes juridiques qui résulte de la construction de l'espace judiciaire européen en matière civile et qui conduit à faire pencher la balance des intérêts en matière de compétence et de reconnaissance des décisions du côté de l'intérêt procédural privé des parties plutôt que de celui de la défense farouche des intérêts de l'État. D'autre part et de façon plus substantielle, il y a eu un rapprochement considérable des droits nationaux en matière de marques du fait de l'intervention de la CJUE[1099] et du législateur européen.

636. ***L'harmonisation matérielle en matière de marques***. L'unification matérielle des régimes nationaux de protection des marques au sein de l'Union européenne est assurée aujourd'hui par la directive 2015/2436[1100]. Cette dernière contient non seulement des dispositions de nature législative mais aussi de nature procédurale, réglementant les procédures administratives d'opposition ou d'annulation des marques devant les offices nationaux[1101].

Cette harmonisation matérielle *« permettrait peut-être de s'accommoder d'une compétence incidente des juridictions d'un autre État que celui de l'enregistrement, en raison de l'intérêt procédural évident qu'il y aurait à joindre demande principale et demande incidente »*[1102]. Nous verrons qu'une telle souplesse est permise par le règlement sur les marques de l'Union, dans la mesure où la compétence exclusive prévue en matière de validité de celles-ci cède lorsque la question de validité est soulevée à titre incident. *« Il est vrai que les enjeux ne sont pas les mêmes, en raison précisément de la territorialité des marques nationales, mais il semble permis de souhaiter, au moins sur le territoire communautaire, un certain assouplissement de cette territorialité lorsque des nécessités procédurales impérieuses semblent l'imposer »*[1103].

Ainsi que nous l'avons souligné, l'assouplissement de la règle de compétence exclusive est envisageable en cas d'harmonisation matérielle, dans la mesure où cette dernière permet d'assurer que la politique législative de l'État visé par la règle sera suivie à l'identique dans les autres États membres. Dans cette hypothèse, *« la nécessité de l'impérativité est moins*

[1099] V. J.-C. BERMOND, « L'œuvre du juge communautaire dans le contentieux des droits de la propriété intellectuelle et industrielle », *RDAI* 2004. 317.
[1100] V. la directive 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques.
[1101] V. art. 43 et 45 de la directive 2015/2436.
[1102] E. PATAUT, « Compétence internationale et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *op. cit.*.
[1103] *Ibid*.

prégnante, et il paraît envisageable de laisser plus de place aux exigences propres à l'organisation harmonieuse des litiges internationaux notamment en laissant une place aux règles de concentration du contentieux »[1104].

II. L'émergence de la marque de l'Union européenne

637. Avant d'étudier le mouvement qui s'est développé dans l'espace judiciaire européen et a conduit à l'institution de la marque de l'Union européenne (B), il n'est pas sans intérêt d'observer le système de coopération en matière de marques, qui a été mis en place au niveau international (A).

A. Le système de coopération internationale en matière de marques : une simplification purement administrative

638. ***Des accords internationaux portant sur les marques***. L'unification internationale en matière de marques a été amorcée par la Convention d'Union de Paris de 1883 pour la protection de la propriété industrielle[1105], laquelle a été complétée par l'arrangement de Madrid de 1891 concernant l'enregistrement international des marques. Ce dernier a été révisé à plusieurs reprises et le protocole de Madrid relatif à cet arrangement a été conclu en 1989 afin de faciliter l'adhésion des organisations intergouvernementales au système de la marque internationale. Enfin, parmi les Accords de Marrakech du 15 avril 1994, instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), figure l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Cet accord contient des

[1104] E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS éd., 2013, p. 23.

[1105] La Convention d'Union de Paris contient des dispositions portant sur le traitement national et le droit de priorité. Chaque État contractant accorde, en ce qui concerne la propriété industrielle, la même protection aux ressortissants des autres États contractants qu'à ses propres ressortissants. La consécration du droit de priorité permet de donner une importante efficacité au premier dépôt du droit de propriété industrielle dans le pays d'origine. En effet, sur la base d'une première demande, régulièrement déposée dans l'un des États contractants, le demandeur dispose d'un certain délai, pour effectuer les démarches nécessaires afin d'obtenir la protection dans n'importe lequel des autres États contractants. Ces demandes ultérieures auront la priorité sur les demandes déposées entre-temps par d'autres personnes pour le même droit et seront considérées comme ayant été déposées à la date du dépôt de la première demande. La convention prévoit aussi des règles générales en matière de propriété industrielle que tous les États contractants doivent respecter. Le texte est consultable en ligne au site : https://www.wipo.int/

dispositions spécifiques, qui édictent des minima de protection des droits de propriété intellectuelle que les États membres s'engagent à mettre en œuvre[1106].

639. ***Le système de Madrid***. Le système de Madrid permet de protéger une marque dans un grand nombre de pays grâce à l'obtention d'un enregistrement international par le biais de l'office central que constitue l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), créée par la Convention de Stockholm du 14 juillet 1967. La demande d'enregistrement international est présentée au Bureau international de l'OMPI par l'intermédiaire de l'office d'origine, c'est-à-dire de l'office du pays auprès duquel la marque en question est enregistrée ou fait l'objet d'une demande d'enregistrement.

Le Bureau international, après avoir procédé à un examen de forme, inscrit la marque dans le registre international et le notifie à chaque partie contractante dans laquelle la protection est demandée. L'office national de chaque pays désigné examine l'enregistrement international pour vérifier qu'il est conforme à sa législation, et si c'est le cas, émet une déclaration d'octroi de la protection. Toutefois, les pays désignés peuvent refuser la protection sur leur territoire, si certaines conditions de fond ne sont pas remplies. Si aucun refus n'est opposé, l'enregistrement international produit, dès la date à laquelle il est opéré, les mêmes effets que si la marque avait été déposée directement auprès de l'office national.

640. Il est évident que ce système présente des avantages importants, dans la mesure où il permet aux propriétaires des marques d'obtenir un enregistrement international en déposant simplement une demande auprès du Bureau international de l'OMPI au lieu d'avoir à déposer dans chaque État intéressé une demande nationale et à se conformer à différentes procédures nationales. Autrement dit, l'ensemble de ces règles permet d'assurer une certaine harmonisation des conditions et des effets de l'enregistrement d'une marque, en organisant son enregistrement simultané dans plusieurs pays.

[1106] L'accord reprend dans ses dispositions générales (partie I) le principe du traitement national affirmé par le droit unioniste et il contient aussi une clause de la nation la plus favorisée, en vertu de laquelle tout avantage accordé par une partie aux ressortissants de tout autre pays sera, immédiatement et sans condition, étendu aux ressortissants de toutes les autres parties. La partie II porte sur des normes concernant l'existence, la portée et exercice des droits de propriété intellectuelle et sa partie III définit les obligations des gouvernements membres concernant les procédures et voies de recours relevant de leur législation nationale et destinées à faire respecter de manière efficace ces droits (v. J. DERRUPÉ, « Propriété industrielle », *Répertoire Dalloz de droit international*, n° 82 et s. ; S. ZHANG, *De l'OMPI au GATT : la protection internationale des droits de propriété intellectuelle, évolution et actualité*, Litec, 1994 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 7e éd., 2009, p. 451 et s.).

L'efficacité de ce système a conduit l'Union européenne à adhérer au protocole de Madrid le 1er octobre 2004, ce qui donne la possibilité à la marque de l'Union européenne de s'insérer dans le cadre de la coopération internationale. En effet, il est désormais possible de désigner les États membres de l'UE lors du dépôt d'une marque internationale, permettant d'obtenir une protection pour l'intégralité du territoire européen si la désignation est acceptée par l'Office de l'UE pour la propriété intellectuelle (OUEPI). Par ailleurs, une marque de l'UE peut aussi servir de base à un enregistrement de marque internationale[1107].

641. ***Une simplification purement administrative***. Malgré les avantages liés à ce système, il convient d'observer qu'il s'agit d'une simplification seulement au niveau de la formalité de dépôt. L'OMPI, dépourvu de toute compétence d'attribution, assure un rôle de coopération administrative, puisqu'il laisse à chaque office national le soin d'accepter ou de refuser l'enregistrement de la marque dans son propre pays. Une fois déposée, la marque est examinée par les offices des territoires désignés selon les dispositions des législations nationales comme s'il s'agissait d'une marque nationale.

Ainsi, le système de Madrid est celui *« d'un empilement simultané de marques nationales, et non de l'efficacité immédiate et directe au-delà de ses frontières de la marque enregistrée dans un État. Par conséquent, une telle harmonisation est restée totalement imperméable à toute possibilité de centralisation du contentieux de la validité en la matière […] seuls les offices et les tribunaux nationaux peuvent connaître de ce contentieux »*[1108].

642. Au sein de l'OMPI, il y a eu des discussions visant à adopter un instrument d'harmonisation générale des marques. Mais, le fruit de ces discussions, le Traité sur le droit des marques de 1994, n'a pas finalement contribué à la mise en place d'un mécanisme de règlement des litiges propre aux marques internationales. L'objectif principal de ce traité a été d'uniformiser et de rationaliser les procédures nationales et régionales d'enregistrement des marques. Le Traité de Singapour de 2006, qui s'inscrit dans le prolongement du Traité sur le droit des marques de 1994, n'a pas non plus donné naissance à un système unique de règlement des différends. Il a contribué à l'harmonisation des procédures administratives d'enregistrement

[1107] V. art. 182 et s. du règlement 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne.
[1108] E. PATAUT, « Compétence internationale et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *op. cit.*

des marques, en adoptant un champ d'application plus étendu et en tenant compte des nouvelles techniques de communication[1109].

Enfin, il convient d'observer que l'OMPI a développé un centre d'arbitrage et de médiation dans le domaine de la propriété intellectuelle, mais le recours à l'arbitrage est exclu en matière de validité de la marque ; l'arbitrabilité de ce contentieux n'est pas admise. La coopération internationale en matière de marques permet essentiellement d'assurer l'existence simultanée des marques nationales dans plusieurs pays, sans pourtant modifier profondément les règles de compétence en la matière.

B. L'institution de la marque de l'Union européenne assortie d'un système juridictionnel spécifique

643. La création de la marque de l'Union européenne a entraîné la modification profonde des règles de compétence internationale en la matière (1) conduisant à l'apparition de la compétence exclusive européenne décentralisée (2). Par ailleurs, il ne serait pas sans intérêt d'examiner la règle de compétence spécifique en matière des marques Benelux, ce qui va nous permettre de constater que les règles de compétence prévues dans le système de Bruxelles ne semblent pas adaptées aux particularités des titres de propriété intellectuelle à caractère unitaire (3).

1. La modification profonde des règles de compétence internationale en matière des marques

644. ***La marque de l'Union européenne : une véritable institution fédérale***. Dans l'espace judiciaire européen, le règlement 40/94[1110] a institué la marque communautaire, devenue marque de l'Union européenne par le règlement 2017/1001[1111]. La caractéristique essentielle de ce titre est de ne faire l'objet que d'une seule procédure de dépôt, laquelle conduira à la création d'une marque à caractère unitaire, qui sera immédiatement efficace sur l'intégralité du

[1109] L'ensemble de ces textes est consultable sur le site de l'OMPI : http://www.wipo.int
[1110] Règlement (CE) 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, JOCE L. n° 11 du 14 janvier 1994, p. 1.
[1111] Le règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne, *JOUE* n° L 154/1 du 16/6/2017 codifie et remplace tous les règlements européens antérieurs sur la marque de l'Union européenne.

territoire européen. Le dépôt se fait auprès d'un organe spécialisé de l'Union, l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (OUEPI), situé à Alicante, en Espagne[1112]. Contrairement à la demande d'enregistrement international auprès de l'OMPI, le dépôt auprès de l'OUEPI n'est pas relayé par un dépôt corrélatif dans les différents États membres. Nous sommes alors en présence d'une innovation importante, car la marque de l'Union européenne constitue finalement une véritable institution fédérale, dans la mesure où elle ne connaît pas comme limite territoriale que celle des frontières de l'Union[1113].

645. ***La modification des règles de compétence internationale***. La création de la marque de l'Union européenne a conduit à la modification profonde des règles de compétence internationale. En effet, le règlement 2017/1001 organise un triple système de compétences. Pour le contentieux principal relatif à la validité de la marque, le seul organe compétent est, à l'exclusion de tout autre, l'OUEPI (art. 59, 60 et 63 du règlement). Les demandes reconventionnelles en nullité ou en déchéance de la marque de l'Union européenne ainsi que tout litige en matière de contrefaçon relèvent de la compétence exclusive des tribunaux des marques de l'Union européenne, juridictions nationales spécialement désignées comme telles par les États membres (art. 123 et 124 du règlement). Le reste des actions relatives à l'exploitation de la marque est laissé aux juridictions nationales. Le texte reprend et, modifie à l'occasion, les règles du RBI *bis* (art. 122 et 134 du règlement).

Concernant les tribunaux des marques de l'Union européenne, il est intéressant de noter qu'ils disposent de pouvoirs extraterritoriaux. La CJUE, en sortant du cadre strict de la territorialité, qui domine la propriété intellectuelle, a raisonné à l'échelle de l'Union et a jugé que l'injonction interdisant la contrefaçon prononcée par un tribunal des marques de l'Union européenne s'étend en principe à l'ensemble du territoire de l'Union. La portée territoriale de l'injonction peut, toutefois, être limitée si les actes dénoncés ne portent atteinte pas aux fonctions essentielles de la marque, c'est-à-dire si le demandeur a lui-même restreint la portée territoriale de son action ou si le défendeur apporte la preuve que l'usage ne porte pas atteinte aux fonctions de la marque, notamment pour des raisons linguistiques[1114].

[1112] L'OUEPI a vu le jour, en 1994, sous le nom d'« Office de l'harmonisation dans le marché intérieur » (OHMI). Il a été créé par le règlement 40/94.

[1113] En ce sens, E. PATAUT, « Compétence internationale et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *op. cit.*.

[1114] CJUE, 12 avr. 2011, *DHL Express*, aff. C-235/09, *Europe* 2011, comm. 228, L. IDOT ; CJUE, 2e ch., 22 sept. 2016, aff. C-223/15, *combit Software*, *Europe* 2016, comm. 421, L. IDOT. La solution a été reprise en matière de

646. ***Une compétence exclusive originale en matière de validité de la marque***. Il ressort de ces règles qu'en matière de validité, une compétence exclusive originale est prévue. Toute action portant à titre principal sur la nullité ou la déchéance de la marque de l'Union européenne échappe désormais aux juridictions nationales pour être réservé à l'OUEPI. Ce dernier joue un rôle quasi-juridictionnel, malgré sa nature administrative et même si le Tribunal de première instance de l'Union européenne lui a refusé la qualité de tribunal[1115].

Les décisions prises en première instance par l'Office sur la demande de déchéance ou de nullité de la marque sont susceptibles d'un recours interne devant une chambre de recours instituée au sein de l'Office (art. 66 du règlement 2017/1001). Les décisions de cette chambre peuvent, à leur tour, être contestées devant le Tribunal de l'Union européenne (art. 72 du règlement)[1116].

647. L'organe administratif de dépôt se voit, ainsi, attribuer un rôle quasi-juridictionnel, puisqu'il est possible d'identifier, dans son activité décisionnelle, deux critères habituellement retenus pour qualifier un organe de juridictionnel, à savoir la procédure et la valeur de la décision. Comme l'observe F. Mailhé[1117], le règlement garantit d'une part que la procédure soit contradictoire (art. 63) et d'autre part que la décision de l'Office possède ce qui ressemble fort à une autorité de chose jugée, dans la mesure où il oblige les tribunaux des marques de l'Union européenne, saisis d'une demande reconventionnelle de déchéance ou de nullité, de s'incliner devant une éventuelle décision antérieure de l'Office sur la même marque (art. 128 §2).

En outre, d'un point de vue fonctionnel, cette compétence conférée à l'Office *« traite de la répartition d'une activité contentieuse opposant le plus souvent deux parties privées. Le fait que l'organe soit partiellement aussi un organe d'administration est sans influence sur cette réalité : le contentieux qu'il traite a été parallèlement retiré aux juges nationaux européens, et il serait absurde de prétendre que cet aspect de l'organe transforme cette compétence juridictionnelle en une compétence de droit public de type administrative. […] La nature*

dessins et modèles communautaires (CJUE, 2e ch., 27 sept. 2017, aff. jointes C-24/16 et C-25/16, *Nintendo*, *Europe* 2017, comm. 444, L. IDOT).

[1115] TPICE, 20 avril 2005, *Calypso et Calpico*, aff. T-273/02.

[1116] Les décisions de l'OUEPI sur les demandes de dépôt de marque de l'Union européenne, qui lui sont soumises, sont également susceptibles d'être contestées devant une chambre de recours puis devant le Tribunal de l'Union européenne (art. 66 et s., art. 72 du règlement 2017/1001).

[1117] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, Economica, Paris 2016, p. 33, n° 42.

internationale et administrative de l'organe, qui se déduit tant de son objet principal que de sa source, ne devrait pas avoir d'impact sur sa compétence juridictionnelle. On peut dès lors affirmer que la source internationale de l'existence de l'organe ne modifie pas la nature de sa compétence »[1118].

Nous sommes en présence d'une règle de compétence internationale exclusive, qui s'exerce à titre principal et résulte de la transposition au niveau européen de l'exclusivité de la compétence habituellement reconnue aux juridictions étatiques en matière de marque nationales. Les frontières des États en la matière ont, alors, disparu.

2. L'apparition de la compétence exclusive européenne décentralisée

648. ***La figure de la « compétence exclusive européenne décentralisée »***. L'originalité de cette compétence exclusive ne s'arrête pas ici. Selon le règlement, les tribunaux des marques de l'Union européenne sont exclusivement compétents pour connaître de demandes en nullité ou en déchéance présentées à titre incident, c'est-à-dire invoquées par voie de défense au fond ou de demande reconventionnelle. Cette solution a pour but la concentration du contentieux et conduit à l'assouplissement considérable des rigidités liées à la compétence exclusive d'une juridiction unique.

Elle *« donne naissance à une figure juridique jusqu'ici inconnue du droit international privé : la compétence exclusive communautaire décentralisée, où chaque tribunal national est considéré comme un organe de l'Union européenne »*[1119]. En d'autres termes, la compétence exclusive est étendue à l'ensemble du territoire européen et exercée alternativement par un organe central ou par des tribunaux nationaux, exerçant le rôle dévolu à cet organe central. Il convient, toutefois, de remarquer que les juridictions nationales n'ont pas toute latitude, dans la mesure où le règlement encadre l'exercice de leur compétence par diverses obligations de coopération avec l'Office.

649. En effet, selon les paragraphes 4, 6 et 7 de l'article 128 du règlement 2017/1001, le tribunal des marques de l'Union européenne, saisi d'une demande reconventionnelle en nullité

[1118] *Ibid*.
[1119] E. PATAUT, « Compétence internationale et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *op. cit.*.

de la marque, doit communiquer à l'Office la date de l'introduction de la demande, avant de procéder à son examen. Si une demande en nullité a déjà été introduite auprès de l'Office, le tribunal national doit surseoir à statuer. Ce dernier peut aussi surseoir à statuer à la demande du titulaire de la marque et inviter le défendeur à présenter sa demande en nullité à l'Office dans un délai qu'il lui impartit ; si ce dernier n'est pas respecté, la procédure est poursuivie et la demande reconventionnelle est considérée comme retirée. Enfin, le tribunal national doit transmettre sans tarder sa décision sur la demande reconventionnelle en nullité à l'Office, qui l'inscrit au registre. Comme nous l'avons précisé, les tribunaux nationaux sont également tenus de s'incliner devant une éventuelle décision antérieure de l'Office sur la même marque (art. 128 §2 du règlement).

650. Par conséquent, les règles de compétence relatives à la validité d'une marque de l'Union européenne conduisent à une éviction de la règle énoncée à l'article 24 §4 RBI *bis*, en ce qu'elles prévoient la compétence d'un Office centralisé, pour les demandes en nullité introduites à titre principal, et de juridictions spécialisées, pour les demandes en nullité présentées à titre reconventionnel. Autrement dit, l'article 24 §4 RBI *bis* se trouve implicitement substitué par les dispositions dérogatoires du règlement 2017/1001 qui attribuent compétence exclusive à l'Office et aux tribunaux nationaux.

En outre, ce système juridictionnel a conduit à un véritable décloisonnement du contentieux des marques, qui n'est plus strictement enserré dans des limites étatiques. En effet, l'institution de la marque de l'Union européenne, largement indépendante des droits nationaux, a fait disparaître la séparation rigoureuse entre les ordres juridiques des États membres qui existait jusqu'alors.

651. ***Une solution éventuellement étendue aux marques nationales***. Malgré son caractère original, cette compétence reste une compétence exclusive, et entraîne le refus de reconnaissance et d'*exequatur* de tout jugement extra-européen prononcé sur la validité d'une marque de l'Union européenne. Par ailleurs, cette solution retenue au niveau européen pourrait, ainsi que le souligne E. Pataut[1120], servir de modèle pour les marques nationales. À l'instar de la compétence exclusive communautaire décentralisée mise en place pour les marques de l'Union européenne, il est permis de considérer qu'une compétence incidente pourrait être

[1120] *Ibid*.

attribuée à la juridiction d'un État membre autre que celui de l'enregistrement de la marque nationale, lorsque la juridiction est saisie de la question de la validité du titre à titre reconventionnel.

Dans ces conditions, il faudra renforcer la coopération et les échanges entre les tribunaux et les services administratifs de l'État du lieu d'enregistrement de la marque, à l'image de l'encadrement dont fait l'objet l'exercice de la compétence des tribunaux des marques de l'Union européenne par diverses obligations de coopération avec l'OUEPI. Ainsi, la juridiction de l'État membre, saisie d'une demande incidente portant sur la question de la validité d'une marque nationale, devra communiquer à l'office national de l'État membre d'enregistrement la date de l'introduction de la demande, afin de vérifier qu'une demande en nullité n'a pas déjà été introduite devant celui-ci. La juridiction devra, par ailleurs, s'incliner devant une éventuelle décision rendue antérieurement par l'État membre d'enregistrement du titre.

652. Elle doit aussi bénéficier d'une marge de manœuvre et pouvoir surseoir à statuer à la demande du titulaire de la marque, si la question soulève une difficulté sérieuse. Dans ce cas, elle peut inviter le défendeur à présenter sa demande en nullité à l'État membre d'enregistrement dans un délai qu'il lui impartit ; si le délai n'est pas respecté, le procès reprendrait son cours et la nullité du titre ne pourrait plus être invoquée.

La décision de la juridiction sur la demande reconventionnelle en nullité doit être transmise à l'État membre d'enregistrement, afin qu'elle soit reconnue et exécutée. Dans ces conditions, il faut s'assurer de la bonne application de la loi étrangère, afin d'éviter le refus de reconnaissance ou d'exécution du jugement pour violation de l'ordre public international. L'application appropriée de la loi peut être préservée en incitant le dialogue entre les juridictions, pour que le juge compétent au fond puisse consulter l'avis de son homologue, dans l'hypothèse où la mise en œuvre de la loi étrangère s'avère être une tâche difficile.

Par ailleurs, l'harmonisation matérielle des lois nationales en matière de marques, qui est assurée au niveau européen par la directive 2015/2436, diminue l'enjeu du conflit de lois et permet de garantir la bonne application de la loi étrangère. Il convient d'observer que cette approche rejoint finalement la solution que nous avons proposée dans le cadre européen

lorsqu'une demande incidente invoquée en cours d'instance relève de la compétence exclusive du juge d'un autre État membre[1121].

653. ***Les règles de compétence en matière d'exploitation de la marque***. Quant au contentieux relatif à l'exploitation de la marque de l'Union européenne, il est intéressant de rappeler que le règlement 2017/1001 réserve ce contentieux aux juridictions nationales, en reprenant les règles du RBI *bis* (lecture combinée des articles 122 et 134 du règlement 2017/1001). Ainsi, en matière contractuelle, s'appliquent les règles traditionnelles, et notamment celles de l'article 7 §1 RBI *bis*. Le règlement accepte la possibilité d'insérer des clauses attributives de juridiction dans le contrat et admet aussi la compétence résultant de la simple comparution du défendeur.

En matière de contrefaçon, le règlement combiné avec le RBI *bis* prévoit la compétence alternative des juridictions de l'État membre du domicile du défendeur et de celles de l'État sur le territoire duquel le fait de contrefaçon a été commis (art. 125). Néanmoins, le règlement 2017/1001 vient compléter le RBI *bis* en permettant la compétence des tribunaux nationaux même lorsque le défendeur est domicilié en dehors de l'Union européenne. Dans cette hypothèse, l'article 125 §1 prévoit la compétence du tribunal de l'État d'établissement du défendeur. De façon plus originale, le règlement établit des règles de compétence si le défendeur n'a ni son domicile, ni un établissement sur le territoire européen ; dans ce cas, peuvent être saisis les tribunaux du domicile du demandeur voire celui sur le territoire duquel il a un établissement (art. 125 §2).

654. Et même lorsque ni le défendeur ni le demandeur ne sont domiciliés sur le territoire européen, l'action peut être portée devant les tribunaux des marques de l'Union européenne espagnols, en tant que tribunaux de l'État membre dans lequel l'Office a son siège (art. 125 §3)[1122]. Il faut remarquer que cette solution s'applique au-delà des litiges en contrefaçon. Pour les autres actions, le règlement renvoie au RBI *bis* ; mais son article 134 §2 précise que si ce dernier ne permet pas la saisine du tribunal d'un État membre, les tribunaux espagnols peuvent connaître de l'action, en tant que tribunaux de l'État sur le territoire duquel a son siège l'Office.

[1121] V. *supra*, n° 337 et s..

[1122] Il peut cependant être dérogé à ces règles de compétence par prorogation de for en faveur d'un autre tribunal des marques de l'Union européenne dans les conditions des articles 25 et 26 du règlement (UE) n° 1215/2012 (article 125 §4 du règlement 2017/1001).

Ces règles de compétence, qui permettent la saisine de la juridiction d'un État membre, même dans les hypothèses où le RBI *bis* n'est pas applicable, constituent des règles de compétence exorbitantes. *« Les tribunaux espagnols sont ici simplement envisagés comme tribunaux de l'État de l'Office, indépendamment de tout rattachement particulier à l'ordre juridique espagnol. Il s'agit bien ici de voir dans le tribunal espagnol un tribunal purement communautaire, dont la compétence résulte de considérations substantielles et non pas de considérations spatiales : la volonté de toujours pouvoir trouver un tribunal compétent en Europe en matière de marque communautaire. L'approche est incontestablement fortement teintée de fédéralisme »*[1123].

Il faut, cependant, observer que la règle de compétence exorbitante prévue dans des matières autres que celle de contrefaçon n'est pas une compétence exclusive et n'interdit pas la reconnaissance d'une décision rendue dans un État tiers en vertu du droit international privé national. L'objectif est de garantir qu'en toute hypothèse un tribunal de l'ordre juridique européen pourra connaître du litige portant sur une marque de l'Union européenne.

655. ***Des règles internationales de compétence matérielle***. Enfin, il convient de noter que les règles de compétence prévues par le règlement 2017/1001 constituent des règles de compétence d'attribution, telles qu'on peut les trouver en droit interne de la compétence. Comme le remarque F. Mailhé, ces règles *« ne désignent pas un tribunal ou un ordre judiciaire en fonction de leur localisation, mais en fonction de leur qualification. Il s'agit donc véritablement ici de distinguer selon le problème de droit, et non la localisation de ses éléments ; il s'agit de déterminer la matière du litige, non le ressort dans lequel il sera jugé »*[1124].

Néanmoins, le caractère international de ces règles est bien présent, dans la mesure où elles répartissent la compétence au sein de l'Union européenne, en traitant l'ensemble des États membres comme un espace unique dépourvu de frontières, comme un seul et même territoire. La raison d'être de cette série de règles, leur internationalité, *« n'est donc plus l'ambiguïté de la localisation du litige, mais la source même du droit concerné : la marque de l'Union*

[1123] E. PATAUT, « Compétence internationale et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *op. cit.*.
[1124] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, *op. cit.*, p. 136, n° 200.

européenne. Indifférente aux frontières, du moins celles des États membres qu'elle essaye précisément de gommer, la marque de l'Union européenne (et ses règles de compétence) relève ainsi elle aussi d'une perspective transnationale bien plus que d'une perspective interétatique »[1125].

Nous sommes, alors, en présence d'un régime de compétence juridictionnelle, qui est en réalité identique à un système national, mais a pour assiette l'intégralité du territoire de l'Union. La création d'une institution purement européenne a conduit à la modification profonde des règles de compétence internationale en procédant au décloisonnement des ordres juridiques nationaux. Le système juridictionnel mis en place en matière des marques de l'Union européenne a été aussi repris dans le domaine de dessins et modèles communautaires[1126].

3. La règle de compétence spécifique en matière des marques Benelux

656. En partant d'un arrêt récent rendu par la CJUE, nous allons étudier l'application de la convention Benelux en matière de propriété intellectuelle et surtout l'inconciliabilité de la règle de compétence qu'elle établit avec celle prévue dans le RBI *bis* (a). Dans ces conditions, il faudra examiner la justification de la dérogation au système de Bruxelles dans le cadre de l'union régionale (b) avant de procéder à la comparaison du régime Benelux avec celui de la marque de l'Union européenne (c).

a. L'inconciliabilité de la règle de compétence établie par la convention Benelux avec celle prévue dans le RBI *bis*

657. ***L'application de la convention Benelux en matière de propriété intellectuelle, l'affaire Brite Strike Technologies***. Il est intéressant de mentionner une affaire récente présentée à la CJUE concernant l'identification de la compétence juridictionnelle lorsque la validité d'une marque Benelux est en cause. Il convient de préciser, à titre préalable, que la convention Benelux sur la propriété intellectuelle (CBPI) – signée le 25 février 2005 et entrée en vigueur le 1er septembre 2006 – est un accord conclu entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas, dans le cadre de leur union régionale, le Benelux. Cette convention permet la

[1125] *Ibid.*, p. 137, n° 202.
[1126] V. le règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires JO L nº 3 du 5 janvier 2002, p. 1, art. 52 et art. 79 et s..

création des titres de propriété intellectuelle à effet unitaire, qui valent uniformément pour l'ensemble du territoire Benelux.

Dans l'arrêt *Brite Strike Technologies*[1127], le litige avait pour objet la détermination de la juridiction compétente afin de statuer sur une action introduite par une société américaine pour obtenir l'annulation d'une marque Benelux détenue par une société luxembourgeoise. La particularité de l'affaire tient au fait que des règles de compétence propres aux litiges relatifs à la validité d'une marque figurent tant à l'article 22 §4 RBI – aujourd'hui article 24 §4 RBI *bis* – qu'à l'article 4.6 de la CBPI. La Cour de justice devait, alors, s'interroger sur l'articulation de ces deux instruments, le RBI et la CBPI, dans la mesure où la règle de compétence judiciaire énoncée à l'article 22 §4 RBI est inconciliable avec celle spécifiquement prévue à l'article 4.6 CBPI.

658. ***Une règle de compétence spéciale en matière de marques Benelux***. En effet, la règle de compétence contenue à l'article 22 §4 établit comme critère de compétence judiciaire exclusive le lieu où le registre est tenu. En revanche, l'article 4.6 CBPI énonce une série de critères de compétence plus précis. En vertu de l'article 4.6, la compétence peut être attribuée par une clause d'élection de for et à défaut d'un tel accord exprès, la compétence se détermine soit par le lieu du domicile du défendeur, soit par le lieu de naissance ou d'exécution de l'obligation litigieuse. Subsidiairement, le demandeur peut saisir le tribunal du lieu de son domicile ou de sa résidence, à condition que ces derniers soient situés sur le territoire Benelux, ou, si tel n'est pas le cas, il peut choisir entre le tribunal de Bruxelles, celui de La Haye ou celui de Luxembourg. La disposition précise que le lieu de dépôt ou de l'enregistrement de la marque ne peut en aucun cas servir à lui seul de base pour déterminer la compétence ; elle déroge, ainsi, à l'article 22 §4 RBI et n'adopte pas le concept de l'exclusivité de la compétence en matière de validité des titres de propriété intellectuelle.

659. ***L'incompatibilité entre l'article 22 §4 RBI et l'article 4.6 CBPI***. En l'espèce, il était important de déterminer laquelle de ces deux dispositions était applicable, puisque la mise en œuvre de l'article 4.6 de la CBPI conduisait à donner compétence au juge luxembourgeois en

[1127] CJUE 14 juillet 2016 *Brite Strike Technologies*, aff. C-230/15, F. MELIN, « Relations entre le règlement Bruxelles I *bis* et les conventions internationales », *Dalloz actualité*, 2 sept. 2016 ; J.-P. BERAUDO et M. -J. BERAUDO, « Convention de Bruxelles, conventions de Lugano et règlement (CE) n° 44/2001 », *JurisClasseur Europe*, fascicule 3010, 2019, points 96 et ss.

tant que juge du lieu du domicile du défendeur, alors que l'application de l'article 22 § 4 RBI conduisait à désigner le juge néerlandais en tant que juge de l'État où l'enregistrement a été demandé – les marques Benelux sont enregistrées auprès de l'Office Benelux de la propriété intellectuelle (OBPI), qui a son siège à La Haye.

660. ***L'articulation entre le RBI et la CBPI***. Quant à la relation entre le RBI et la CBPI, la Cour de justice rappelle que l'article 71 RBI réserve l'application des conventions auxquelles les États membres sont déjà parties et qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance ou l'exécution des décisions. Toutefois, cette disposition ne donne pas la possibilité aux États membres d'introduire, par la conclusion de nouvelles conventions ou la modification de conventions déjà en vigueur, des règles qui primeraient celles de ce règlement[1128].

L'objectif visé par l'article 71 est de préserver l'application des règles de compétence prévues par des conventions spéciales conclues par des États membres avant l'entrée en vigueur du RBI, dans la mesure où ces règles sont plus adaptées à la spécificité de la matière concernée et sous réserve qu'elles soient conformes aux principes gouvernant la coopération judiciaire en matière civile et commerciale au sein de l'Union, tels que les principes de sécurité juridique pour les justiciables et de bonne administration de la justice.

661. En l'occurrence, il convient d'observer – comme le souligne l'avocat général dans ses conclusions[1129] – que la CBPI a certes été conclue après la date d'entrée en vigueur du RBI (1er mars 2002), mais a opéré une fusion entre deux conventions Benelux qui, quant à elles, ont été conclues avant cette date. En effet, la CBPI a abrogé et remplacé deux conventions en matière de marques et de dessins et modèles, auxquelles étaient annexées des lois uniformes, en vigueur dans le Benelux, depuis 1971 et 1975[1130].

Dans ces conditions, même si la CBPI est formellement postérieure au RBI, les règles de compétence spéciales qu'elle contient sont antérieures à celles prévues par le règlement et

[1128] CJUE 4 mai 2010, *TNT Express Nederland*, aff. C-533/08, *LPA* 30 nov. 2010, p. 22, note M. ATTAL.
[1129] Concl.de l'avocat général M. Henrik Saugmandsgaard Øe présentées le 26 mai 2016, points 11, 26-27.
[1130] Il s'agit de la convention Benelux en matière de marques de produits signée à Bruxelles le 19 mars 1962, à laquelle était annexée la loi uniforme Benelux sur les marques (entrée en vigueur le 1er janvier 1971) et de la convention Benelux en matière de dessins ou modèles signée à Bruxelles le 25 octobre 1966, à laquelle était annexée la loi uniforme Benelux en matière de dessins ou modèles (entrée en vigueur le 1er janvier 1975).

doivent primer sur ces dernières, selon le principe de primauté des conventions spéciales antérieures énoncé à l'article 71 RBI. La CBPI ne constitue pas une nouvelle convention spéciale ou une convention opérant une modification de conventions déjà en vigueur ; elle se borne à reproduire des dispositions des conventions qui préexistaient à l'entrée en vigueur du RBI.

b. La justification de la dérogation à l'article 22 §4 RBI dans le cadre de l'union régionale

662. ***La justification de la dérogation à la règle de compétence du RBI bis***. Par ailleurs, la Cour de justice a souligné que la CBPI étant un accord régional entre trois États membres, il convient d'interpréter l'article 71 RBI à la lumière de l'article 350 TFUE, selon lequel le droit de l'Union ne fait pas obstacle à l'existence et à l'accomplissement de cette union régionale, dans la mesure où les objectifs poursuivis par celle-ci ne sont pas atteints en application du droit de l'Union. Autrement dit, l'article 350 TFUE permet aux trois États membres de laisser en vigueur, par dérogation aux règles de l'Union, les règles qui s'appliquent dans le cadre de leur union régionale, à condition que cette union régionale se trouve en avance sur la mise en œuvre du marché intérieur et qu'une telle dérogation soit indispensable au bon fonctionnement du régime Benelux (points 56-57 de l'arrêt *Brite Strike Technologies*).

Concernant la première exigence, le régime Benelux se trouve en avance de celui qui existe au sein de l'UE, dans la mesure où il s'est entièrement substitué aux législations des pays du Benelux en la matière – dans l'affaire *Brite Strike Technologies* la juridiction de renvoi a précisé que la législation de ces États ne connaît pas de droit national des marques, mais uniquement le droit des marques du Benelux, qui s'applique sur tout le territoire Benelux.

663. En revanche, la marque de l'Union européenne confère à son titulaire une protection qui est valable dans tous les États membres, mais, contrairement à la marque Benelux, son régime ne se substitue pas aux procédures et règles de droit nationales. En outre, la directive 2015/2436 rapprochant les législations des États membres sur les marques, réalise certes une harmonisation de celles-ci mais qui n'est que partielle. Les marques Benelux sont, au contraire, soumises à une réglementation entièrement uniforme, assortie de règles institutionnelles et procédurales communes.

Quant à la deuxième exigence, l'application de la règle de compétence spéciale, qui est prévue à l'article 4.6 CBPI et déroge à l'article 22 §4 RBI, est considérée comme indispensable afin d'assurer un fonctionnement harmonieux et équilibré du régime de la marque Benelux. À cet égard, la Cour précise que pour les litiges relatifs aux marques de l'Union européenne, le législateur européen a lui aussi dérogé à l'article 22 §4 RBI en prévoyant une règle différente de compétence judiciaire.

664. ***L'analogie avec le régime mis en place en matière de marques de l'Union européenne***. Nous rappelons que les dispositions du règlement 2017/1001 relatives à la validité d'une marque de l'Union européenne conduisent à une éviction totale de la règle énoncée à l'article 22 §4 RBI, en ce qu'elles prévoient la compétence d'un Office centralisé, pour les demandes en nullité présentées à titre principal, et de juridictions spécialisées, pour les demandes en nullité invoquées à titre reconventionnel – surtout dans le cadre d'une action en contrefaçon – juridictions qui sont en principe celles de l'État membre où est domicilié le défendeur. Cet ensemble de règles assure que dans chaque État membre, des tribunaux puissent être saisis de litiges relatifs aux marques de l'Union européenne et vise à éviter que ces litiges soient concentrés devant les juridictions espagnoles, en tant que juridictions de l'État membre sur le territoire duquel les dépôts et les enregistrements sont centralisés et le registre est tenu.

Dans ces circonstances, la Cour de justice a admis que la règle prévue à l'article 4.6 CBPI peut – par analogie à ce que le législateur de l'Union a constaté concernant la compétence judiciaire pour les litiges relatifs aux marques de l'Union européenne – être qualifiée d'indispensable au bon fonctionnement du régime Benelux. Ce dernier est un régime avancé dans les trois États membres concernés, qui comporte sa propre structure juridictionnelle, fondée sur un système décentralisé assorti d'un mécanisme de renvois préjudiciels à la Cour de justice Benelux. L'union régionale a aussi un caractère multilingue qu'il faut prendre en considération.

665. Compte tenu de ce contexte particulier, la règle de l'article 4.6 CBPI paraît plus adaptée que celle énoncée à l'article 22 §4 RBI, dans la mesure où elle assure que les litiges relatifs aux marques Benelux puissent être traités, selon le cas, par une juridiction belge, luxembourgeoise ou néerlandaise, au lieu d'être concentrés devant les juridictions

néerlandaises du lieu de l'enregistrement. Ainsi que l'a relevé l'avocat général[1131], ce rejet d'une centralisation de la compétence devant les tribunaux hollandais semble répondre aux soucis louables de garantir une juste répartition de la charge des affaires contentieuses entre les juridictions nationales et d'assurer un traitement linguistique équitable des justiciables, puisque dans une union régionale à caractère multilingue, il semble utile de ne pas faire prédominer l'une de ces langues officielles par rapport à l'autre.

Il ressort de ces éléments que la finalité de l'article 71 RBI, qui consiste à permettre l'application de règles plus adaptées à la spécificité de la matière concernée, justifie que la règle de compétence énoncée à l'article 4.6 CBPI prévale sur celle prévue par le règlement. Par ailleurs, une disposition telle que l'article 4.6 CBPI ne porte pas atteinte aux principes essentiels qui sous-tendent la coopération judiciaire entre les États membres en matière civile et commerciale, étant donné qu'elle s'articule autour de la compétence de principe du for du domicile du défendeur, complétée par d'autres fors présentant un lien étroit avec l'objet du litige.

666. ***La mise en œuvre de l'article 22 §4 RBI en cas de primauté éventuelle du RBI sur la CBPI***. Il est intéressant de mentionner, ici, la façon dont l'article 22 §4 devrait être mis en œuvre en l'occurrence, selon l'avocat général[1132], dans l'hypothèse où la Cour de justice jugerait que le RBI doit l'emporter sur la règle de compétence figurant à l'article 4.6 CBPI. La règle de compétence prévue à l'article 22 §4 RBI est fondée sur le lien étroit qui existe entre le titre de propriété intellectuelle et le territoire sur lequel ce titre peut bénéficier d'une protection. Cependant, dans le système Benelux, les titres de propriété intellectuelle constituent des titres à effet unitaire, puisqu'ils sont valables dans les trois États du Benelux et y bénéficient d'une protection uniforme.

Dans ce cadre spécifique, la notion de « territoire » visée par l'article 22 §4 RBI doit être conçue comme renvoyant à l'intégralité du territoire Benelux, qui est assimilable au territoire d'un État membre[1133]. Ainsi, les juridictions de chacun des États membres qui composent le

[1131] Concl.de l'avocat général, *op. cit.*, p. 10, note 49.
[1132] *Ibid.*, n° 55 et s..
[1133] La Cour de justice l'a déjà souligné dans des contextes analogues : CJCE 11 août 1995, *Roders e.a.*, aff. C-367/93 à C-377/93 (*RTD Eur. 2003* p.553, note F. DAVID) point 20, où la Cour a estimé que *« les territoires de la Belgique, des Pays-Bas et du Luxembourg doivent être considérés comme un territoire unique en ce qui concerne les droits d'accise sur les vins [étant donné qu'une] convention [conclue entre ces pays] a unifié les taux et critères des accises en ce domaine »* ; v. aussi CJUE 7 septembre 2006, *Bovemij Verzekeringen* aff. C-108/05 (*RTD eur.*

territoire Benelux sont conjointement compétentes en vertu de l'article 22 §4 pour connaître d'une action en nullité d'une marque Benelux.

667. Il est vrai que cette interprétation de l'article 22 §4 risque de conduire à un résultat qui ne paraît pas compatible au regard des objectifs du règlement, puisque la faculté de choix laissée au demandeur ne permet pas d'assurer l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité. Néanmoins, comme le remarque l'avocat général, *« cette faculté de choix produit des conséquences matérielles qui sont moins prégnantes dans le contexte particulier de la marque Benelux qu'en règle générale, dans la mesure où le régime juridique applicable à celle-ci a été entièrement harmonisé entre ces États membres et fait l'objet d'une interprétation uniforme »*[1134]. Par ailleurs, il est probable qu'en pratique, ce soit souvent le tribunal de La Haye qui – comme dans le litige en l'espèce – se trouve saisi au titre du lieu du dépôt et de l'enregistrement de la marque Benelux concernée.

En outre, la règle énoncée au second alinéa du §4 de l'article 22 prévoyant une répartition nationale de la compétence judiciaire pour le brevet européen ne peut pas être transposée à la marque Benelux, étant donné que les régimes en question sont différents. En effet, le brevet européen ne constitue pas un titre unitaire mais équivaut à un faisceau éclaté de brevets nationaux. Cela justifie que la compétence juridictionnelle reste attachée à chaque État sur le territoire duquel la protection du brevet européen est demandée.

On s'aperçoit, ainsi, que la nature du titre de propriété intellectuelle a un impact sur l'organisation de la compétence juridictionnelle. Les règles de compétence instaurées par le système de Bruxelles ne sont pas adaptées aux particularités des titres de propriété intellectuelle à caractère unitaire. C'est la raison pour laquelle des règles de compétence spécifiques ont été adoptées pour les titres de ce type créés au sein de l'Union européenne et au niveau régional.

2007, p. 513, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; *Propr. ind*. nov. 2006. 28, obs. FOLLIARD-MONGUIRAL) point 20 où la Cour a rappelé que, *« en ce qui concerne les marques enregistrées auprès du Bureau Benelux des Marques [devenu l'Organisation Benelux de la Propriété intellectuelle], le territoire Benelux doit être assimilé au territoire d'un État membre, l'article 1er de la directive [89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques] assimilant ces marques à celles enregistrées dans un État membre »*.

[1134] Concl.de l'avocat général, *op. cit.*, n° 61.

c. La comparaison entre le régime Benelux et le régime en matière de marques de l'Union européenne

668. ***Les similarités et les différences entre les deux régimes.*** Il convient, par ailleurs, de remarquer que la CBPI a fait l'objet d'une modification en 2017[1135] et il est désormais possible d'introduire une demande principale en nullité de la marque Benelux auprès de l'Office (OBPI), qui a son siège à La Haye. Toutefois, il ne s'agit pas d'une compétence exclusive mais d'une compétence concurrente, dans la mesure où la possibilité de soumettre ces demandes au juge national reste en vigueur en vertu de l'article 4.6 CBPI, que ce soit à titre principal ou à titre incident.

Il est intéressant d'observer qu'à la différence du régime Benelux, en matière de marques de l'Union européenne, la compétence de l'Office centralisé (OUEPI) pour les demandes en nullité invoquées à titre principal est exclusive. Il s'agit, néanmoins, comme nous l'avons expliqué auparavant, d'une compétence exclusive « décentralisée », puisqu'elle est partagée avec les juridictions nationales des marques de l'Union européenne, qui sont exclusivement compétentes pour connaître de demandes en nullité présentées à titre incident. Dans ces conditions, nous pouvons nous demander s'il ne serait pas possible – à l'instar du régime Benelux – d'attribuer à l'OUEPI une compétence concurrente et non pas exclusive pour statuer sur des demandes principales en nullité des marques de l'Union européenne tout en permettant aux juges nationaux de connaître de ces demandes introduites à titre principal ou à titre incident.

669. Rien ne semble s'y opposer. Dans les deux cas, nous sommes en présence des titres de propriété intellectuelle à effet unitaire valables dans un territoire défini et les régimes mis en place sont caractérisés par une forte harmonisation matérielle. Cependant, la différence tenant au caractère exclusif de la compétence de l'Office s'explique probablement par le fait que les règles de compétence instaurées en matière de marques de l'Union européenne concernent un territoire composé d'un grand nombre d'États par rapport à celles prévues dans le cadre Benelux. Ainsi, la compétence exclusive de l'Office permet de contribuer au désencombrement des tribunaux nationaux, puisque les actions principales en nullité sont concentrées auprès de l'Office.

[1135] La nouvelle version de la CBPI est disponible en ligne à l'adresse suivante : https://www.boip.int/system/files/document/2019-02/Convention%20Benelux%20Propriete%20intellectuelle_01032019.pdf .

Quant aux marques nationales, malgré l'harmonisation partielle réalisée par la directive 2015/2436 rapprochant les législations des États membres sur les marques, l'élimination de la compétence exclusive de l'autorité[1136] de l'État du lieu d'enregistrement du titre paraît inenvisageable, en raison du principe de territorialité – la marque nationale est efficace seulement dans l'État sur le territoire duquel la protection est demandée. Néanmoins, ainsi que nous l'avons mentionné précédemment, il est opportun de reconnaître – en s'inspirant du système mis en place pour les marques de l'Union européenne – une compétence incidente à la juridiction d'un État membre autre que celui de l'enregistrement de la marque nationale, lorsque celle-ci est saisie de la question de la validité du titre à titre incident.

670. Dans cette hypothèse, nous avons expliqué qu'il faudra intensifier la coopération et les échanges entre les juridictions nationales et l'État du lieu d'enregistrement de la marque, à l'exemple de l'encadrement dont fait l'objet l'exercice de la compétence des tribunaux des marques de l'Union européenne par diverses obligations de coopération avec l'OUEPI. Nous allons, à présent, poursuivre l'analyse de la métamorphose de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle, en nous intéressant au système juridictionnel spécifique mis en place en matière de brevets européens.

§2 Le brevet européen à effet unitaire et la création de la Juridiction unifiée du brevet

671. Avant d'examiner le processus suivi pour la mise en place d'un brevet européen à effet unitaire (II), il convient d'observer ce que prévoit le RBI *bis* à propos de la compétence juridictionnelle en matière de validité des brevets européens traditionnels, sans effet unitaire (I).

I. La compétence juridictionnelle en matière de validité des brevets européens traditionnels

672. ***La précision apportée par l'article 24 §4 pour le brevet européen classique***. L'article 24 §4 RBI *bis*, qui confère une compétence exclusive, en matière d'inscription ou de validité

[1136] En France, depuis le 1er avril 2020, l'INPI (Institut national de la propriété intellectuelle) bénéficie d'une compétence exclusive pour les demandes en nullité des titres nationaux introduites à titre principal. Le juge judiciaire est exclusivement compétent, quant à lui, pour les demandes en nullité formées à titre reconventionnel. Cette nouveauté découle de la transposition de la directive 2015/2436, qui a prévu une obligation pour les États membres de créer une procédure administrative de nullité (v. art. 43 et 45 de la directive).

des brevets, aux juridictions de l'État membre du lieu du dépôt ou de l'enregistrement du titre, apporte une précision pour le brevet européen délivré en vertu de la convention de Munich signée le 5 octobre 1973. En effet, l'alinéa 2 dudit article dispose que sans préjudice de la compétence de l'Office européen des brevets (OEB) résultant de la convention de Munich, les juridictions de chaque État membre sont seules compétentes, en matière d'inscription ou de validité d'un brevet européen délivré pour cet État[1137].

Il convient de noter que la convention de Munich a donné naissance à une structure institutionnelle autonome, l'Organisation européenne des brevets, qui comprend deux organes, l'OEB chargé de la délivrance des brevets et le Conseil d'administration, composé des représentants des États membres, lequel dispose de pouvoirs importants dans le domaine de l'administration et du financement de l'Organisation. La demande de brevet européen peut être déposée soit auprès de l'OEB à Munich, soit par l'intermédiaire d'un office national.

673. ***Le brevet européen traditionnel : un faisceau de titres nationaux***. Cette précision faite à l'alinéa 2 de l'article 24 §4 RBI *bis* est justifiée par le fait que la convention de Munich a pour but de centraliser seulement la procédure de délivrance des brevets pour les États membres, mais les titres qui en sont issus demeurent des titres nationaux. Autrement dit, le brevet européen est certes délivré à l'issue d'une procédure unique conduite par l'OEB de Munich, mais il ne s'agit pas d'un titre unitaire ; il confère à son titulaire, simultanément dans le ou les différents États membres désignés par le déposant, les mêmes droits que lui conférerait un titre national délivré dans chacun de ces États[1138]. Le brevet européen, une fois obtenu, éclate en un faisceau de brevets nationaux. L'appréciation de sa validité doit alors relever de la compétence exclusive des juridictions de chaque État pour lequel le brevet est délivré et non des juridictions de l'État du lieu du dépôt de la demande ou des tribunaux de l'État du siège de l'Office qui l'a délivré[1139].

[1137] La même règle est prévue dans la convention de Lugano de 2007 (art. 22 §4 al. 2).
[1138] V. articles 2, 3, 64 et 79 de la convention de Munich.
[1139] Le rapport Schlosser sur la convention de Bruxelles souligne que, pour le brevet européen sous le régime de la convention de Munich, la règle de compétence exclusive pourrait être interprétée en ce sens que l'action devrait être portée devant les juridictions de l'État dans lequel la demande de brevet a été déposée et non devant celles de l'État pour lequel le brevet a été délivré, c'est-à-dire de l'État pour lequel la demande de brevet est valable et fait l'objet de la contestation. Cependant, le texte évite une telle interprétation et garantit que seuls seront compétents les tribunaux de l'État pour lequel le brevet a été délivré (v. rapport Schlosser sur la convention de Bruxelles, p. 123, n° 173).

Toutefois, il faut rappeler que même si les parties nationales d'un brevet européen sont soumises à une loi nationale distincte, ces lois diffèrent peu d'un État membre à l'autre, grâce à l'harmonisation matérielle et le rapprochement assez poussé des législations nationales, réalisés par la convention de Munich. En effet, en matière de brevet européen, les lois nationales sont substantiellement identiques, dans la mesure où elles proviennent d'un même texte, la convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973 révisée en 2000.

674. ***L'extension de l'article 24 §4 alinéa 2 à tout brevet national délivré dans le cadre d'une convention internationale***. Selon le rapport Schlosser, la règle prévue à l'article 24 §4 alinéa 2 RBI *bis* doit s'appliquer à chaque fois qu'un brevet national est délivré sur la base d'une demande internationale, même dans le cadre d'une autre convention que celle de Munich, comme le traité de coopération en matière de brevets (TCB) fait à Washington le 19 juin 1970. Ce dernier constitue un accord international, dont l'application est assurée par l'OMPI, et permet de demander la protection d'une même invention dans un grand nombre de pays en déposant une demande internationale de brevet. Cette demande peut être déposée soit auprès du Bureau international de l'OMPI soit auprès d'un office national ou d'un office intergouvernemental couvrant plusieurs États, comme l'OEB, lequel en assure la transmission à l'OMPI.

Il convient de remarquer que le TCB a essentiellement pour but la centralisation des demandes et des recherches en matière de brevets. Il permet aux déposants et aux offices nationaux d'éviter la répétition des tâches afin d'assurer la protection d'un même brevet dans plusieurs pays. Ainsi que nous l'avons observé précédemment à propos du système de coopération internationale en matière de marques, il s'agit d'une simplification purement administrative, qui se place au niveau de la formalité du dépôt.

En d'autres termes, l'OMPI assure seulement un rôle de coopération administrative ; les brevets restent délivrés par les administrations nationales ou par les offices régionaux tels que l'OEB. Par conséquent, dans la mesure où le brevet demeure de caractère national, même s'il est délivré par un organisme centralisé, sa validité relève de la compétence exclusive des juridictions de chaque État pour lequel le brevet est délivré.

675. ***La portée problématique de la compétence exclusive en matière de brevets européens classiques : la fragmentation du contentieux***. Il convient de rappeler, dans ces conditions, que

la solution retenue par la jurisprudence européenne à propos de la portée de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle pose de difficultés sérieuses lorsqu'un brevet européen est en cause. En effet, selon l'arrêt *GAT*[1140] la compétence exclusive joue dans le cadre d'un litige où la validité du titre est remise en cause à titre incident, ce qui conduit à la dispersion du contentieux, au cas où le litige concerne un brevet européen. En d'autres termes, lorsque le titulaire d'un brevet européen valable pour plusieurs États membres engage une action en contrefaçon et le défendeur invoque la nullité du titre par voie d'exception, il faudra saisir les tribunaux de chaque État membre pour lequel le brevet est délivré afin de statuer sur sa validité.

676. Il est alors évident que cette solution présente des défauts importants, dans la mesure où l'éparpillement du contentieux est inéluctable, ce qui peut retarder sérieusement l'issue de l'instance et encourager même les manœuvres dilatoires, puisque le défendeur n'a qu'à soulever la nullité du brevet pour prolonger la procédure. Comme le dit D. F. Fernández Arroyo, *« le for exclusif peut être trompeur. L'institution du « brevet européen », n'est en réalité qu'un ensemble de brevets considérés comme un brevet national dans chaque pays respectif. Alors un « brevet européen » reconnu par les trois pays sollicités donne ainsi trois compétences exclusives en faveur de chacun de ces trois pays : ce n'est donc plus une compétence exclusive ! »*[1141].

Afin de remédier à ces inconvénients, l'OEB a élaboré un projet d'accord pour la résolution des litiges en matière de brevets européens, désigné sous le nom de *European Patent Litigation Agreement*[1142]. Ce projet cherchait à en finir avec la multiplication des fors par la création d'un Tribunal européen des brevets, qui concentrerait tous les litiges relatifs aux brevets européens. Néanmoins, l'adoption du projet a été reportée, dans l'attente de l'avancée des travaux concernant la création d'un brevet communautaire assorti de son propre système juridictionnel. En effet, dès 1975 est apparue l'idée de mettre en place dans le cadre européen un titre unitaire en matière de brevets.

[1140] CJCE, 13 juillet 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ I*, op. cit..
[1141] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, p. 99, n° 82.
[1142] Le texte peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : https://web.archive.org/web/20070929140614/http://www.european-patent-office.org/epo/epla/pdf/agreement_draft.pdf

II. Le brevet européen à effet unitaire assorti de son propre système juridictionnel

677. Plusieurs tentatives d'adoption d'un texte européen ont échoué avant de réussir à créer le brevet européen à effet unitaire et la juridiction unifiée du brevet (JUB) par le biais du mécanisme de la coopération renforcée (A). Même si la date d'entrée en vigueur de l'accord relatif à la JUB n'est pas encore fixée, il est intéressant d'étudier la structure de la JUB et ses compétences juridictionnelles (B).

A. La mise en place du brevet européen à effet unitaire et de la JUB à travers le mécanisme de la coopération renforcée

678. ***La convention de Luxembourg***. La convention de Luxembourg du 15 décembre 1975[1143] visait à créer un brevet communautaire indépendant des brevets nationaux, délivré par l'OEB pour tous les États membres de l'UE et produisant des effets équivalents dans tous les États contractants. Son maintien ou son extinction ne pouvait intervenir qu'uniformément pour l'ensemble de l'Union européenne. Cette convention, modifiée ultérieurement par l'Accord en matière de brevets communautaires signé à Luxembourg le 15 décembre 1989, prévoyait aussi la création d'une juridiction spéciale compétente en matière de litiges relatifs à la validité et à la contrefaçon des brevets communautaires[1144].

679. ***Les propositions de la Commission***. Même si la convention de Luxembourg n'est jamais entrée en vigueur, faute d'un nombre suffisant de ratifications par les États membres, les efforts pour créer un brevet à effet unitaire se sont poursuivis. La Commission a présenté en 2000 une proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire[1145], suivie de ses propositions de 2003[1146]. Ces dernières prévoyaient l'institution, au sein de la CJUE, d'une chambre juridictionnelle appelée « Tribunal du brevet communautaire », auquel il fallait conférer une compétence exclusive dans les litiges en matière de contrefaçon et de validité d'un brevet communautaire, qu'elle soit contestée à titre principal ou par voie de demande

[1143] La convention est consultable en ligne à l'adresse : https://eur- lex.europa.eu/legal- content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:41989A0695(01)&from=EN#:~:text=La%20convention%20relative%20au%20brevet,en%20annexe%20%C3%A0%20celui%2Dci.
[1144] V. articles 4, 55 et s. du texte.
[1145] COM (2000) 412 final du 1.8.2000.
[1146] COM (2003) 827 final et COM (2003) 828 final du 23.12.2003.

reconventionnelle. Les pourvois contre les décisions du Tribunal du brevet communautaire pourraient être formées devant le Tribunal de première instance.

Ce système présentait l'avantage de confier à une juridiction européenne centralisée et spécialisée les litiges touchant au titre unitaire de brevet communautaire, de sorte à éviter la fragmentation du contentieux et à garantir la sécurité juridique dans le cadre d'une procédure rapide et uniforme. Cependant, la tentative de mise en place d'un brevet communautaire n'a pas abouti, les projets de règlement européen n'ont pas été adoptés par le Conseil.

680. Enfin, à l'initiative de la Commission, un projet d'accord a été élaboré en 2009[1147] visant à créer un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets en instituant une juridiction internationale commune compétente à la fois pour le brevet européen et le brevet communautaire.

Dans son avis n° 1/09 du 8 mars 2011, la CJUE a, pourtant, estimé que le projet d'accord n'était pas compatible avec le droit de l'Union, au motif que l'accord envisagé « *en attribuant une compétence exclusive pour connaître un important nombre d'actions intentées par des particuliers dans le domaine du brevet communautaire ainsi que pour interpréter et appliquer le droit de l'Union dans ce domaine à une juridiction internationale, qui se situe en dehors du cadre institutionnel et juridictionnel de l'Union, priverait les juridictions des États membres de leurs compétences concernant l'interprétation et l'application du droit de l'Union ainsi que la Cour de la sienne pour répondre, à titre préjudiciel, aux questions posées par lesdites juridictions* »[1148].

681. ***Le mécanisme de la coopération renforcée***. Toutefois, les négociations au sein de l'UE se sont poursuivies, en prenant en considération l'avis de la CJUE, et le mécanisme de la coopération renforcée a finalement permis la création, par voie de règlement de l'Union, du « brevet européen à effet unitaire »[1149] et, par voie d'accord signé le 19 février 2013, de la

[1147] Document 7928/09 du Conseil, du 23 mars 2009, relatif à un texte révisé de la présidence sur un projet d'accord sur la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire et sur un projet de statut de cette juridiction. Document 7927/09 du Conseil, du 23 mars 2009, concernant une recommandation de la Commission au Conseil visant à autoriser la Commission à ouvrir des négociations en vue de l'adoption d'un accord international « créant un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets » européens et communautaires.
[1148] CJUE, 8 mars 2011, avis 1/09 : Rec. CJUE 2011, p. I-1137, *Europe* 2011, étude 5 par D. SIMON.
[1149] Règlement (UE) n° 1257/2012 du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet. Le règlement (UE) n° 1260/2012, publié le même jour, prévoit les modalités applicables en matière de traduction.

juridiction unifiée du brevet (accord JUB). Ce brevet sera décerné par l'OEB et aura un effet unitaire dans les vingt-six États membres engagés dans la coopération renforcée. L'Espagne et la Croatie, laquelle n'est devenue membre de l'Union européenne que postérieurement, n'ont pas souhaité participer dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire[1150].

682. Le brevet européen à effet unitaire est accompagné de la mise en place d'une juridiction commune permettant de centraliser le contentieux aussi bien des brevets européens traditionnels que ceux à effet unitaire. L'accord JUB a été signé par tous les pays l'Union européenne, à l'exclusion de l'Espagne, de la Pologne et de la Croatie. Ces États membres pourront, toutefois, y adhérer postérieurement[1151]. Le système du brevet unitaire est inextricablement lié à la création de la juridiction unifiée du brevet, dans la mesure où les règlements relatifs au brevet européen à effet unitaire n'entreront en application qu'à la date d'entrée en vigueur de l'accord JUB[1152].

683. Afin que ce dernier puisse entrer en vigueur, il doit être ratifié par au moins treize États membres[1153], y compris par les trois pays ayant eu le plus grand nombre de brevets européens dans l'année 2012, à savoir l'Allemagne, la France et l'Italie[1154]. En outre, le 1er octobre 2015 un protocole concernant l'application provisoire[1155] de l'accord JUB a été signé par les représentants des États membres. Ce protocole permettra l'application anticipée des dispositions organisationnelles de l'accord avant son entrée en vigueur, afin que la JUB puisse être opérationnelle dès le premier jour. Il doit aussi être ratifié par au moins treize États signataires de l'accord, dont nécessairement l'Allemagne, la France et l'Italie.

[1150] L'Italie n'a pas souhaité initialement participer à la coopération renforcée mais elle a finalement décidé d'adhérer au système du brevet unitaire le 2 octobre 2015.

[1151] V. article 84 de l'accord JUB.

[1152] Règlement (UE) n° 1257/2012, art. 18, § 2 ; règlement (UE) n° 1260/2012, art. 7, § 2.

[1153] Dans un premier temps, les brevets européens à effet unitaire pourront ne pas couvrir tous les États membres participants à la coopération renforcé, car certains d'entre eux n'auront peut-être pas encore ratifié l'accord JUB quand il entrera en vigueur. Il est probable que les ratifications manquantes interviendront ultérieurement, de sorte qu'il pourra exister plusieurs générations de brevets unitaires ayant une couverture territoriale différente. La couverture territoriale d'une génération de brevets unitaires donnée ne s'étendra pas à d'autres États membres ratifiant l'accord JUB après la date d'inscription de l'effet unitaire par l'OEB (v. https://www.epo.org/law-practice/unitary/unitary-patent/start_fr.html).

[1154] Initialement, il a été prévu que l'accord devait être nécessairement ratifié par l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni. Malgré le Brexit, le gouvernement britannique a annoncé, le 28 novembre 2018, son intention de poursuivre la procédure de ratification de l'accord sur la JUB et le Royaume-Uni l'a ratifié le 26 avril 2018. Cependant, le Royaume-Uni a finalement retiré sa ratification de l'accord le 20 juillet 2020.

[1155] Le protocole d'application provisoire est disponible en ligne à l'adresse : https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/Protocol_to_the_Agreement_on_Unified_Patent_Court_on_provisional_application.pdf

684. L'accord relatif à la JUB a été ratifié par plus de treize États membres, y compris la France et l'Italie. La Cour constitutionnelle allemande a, récemment, ouvert la porte à une ratification effective de l'accord et du protocole d'application provisoire par l'Allemagne, malgré trois recours introduits devant la Cour de Karlsruhe contre les lois de ratification de l'accord[1156]. L'Allemagne a, en effet, ratifié le protocole, le 27 septembre 2021, mais pour que ce dernier entre en vigueur, deux autres ratifications sont nécessaires. Après ces ratifications supplémentaires, une phase d'application provisoire de l'accord sera déclenchée, permettant d'effectuer les préparatifs administratifs nécessaires au fonctionnement de la future juridiction. À l'issue de cette période provisoire, l'accord JUB pourra entrer en vigueur dans un délai de quatre mois suivant la ratification définitive de l'accord par l'Allemagne[1157].

B. La structure de la JUB et ses compétences juridictionnelles

685. La JUB disposera d'une compétence exclusive pour se prononcer sur les litiges relatifs aux brevets européens, avec ou sans effet unitaire, et sera composée d'un tribunal de première instance, lequel comportera différentes divisions, ainsi que d'une cour d'appel (1). Il convient, par ailleurs, de remarquer que l'accord JUB règle le sort des éventuels conflits de procédure et des demandes reconventionnelles en nullité de brevets (2). Il s'agit d'une juridiction commune à plusieurs États membres et le RBI *bis* a été modifié afin de prendre en compte ce nouveau système juridictionnel centralisé et spécialisé, qui présente des avantages (3).

[1156] Le premier recours, déposé en mars 2017, était notamment fondé sur des allégations de violation de la Loi fondamentale allemande et surtout ses articles 23 et 79 alinéa 2 selon lesquels tout acte qui modifie ou complète la Loi fondamentale doit être approuvé par la majorité des deux tiers des membres du *Bundestag* et les deux tiers des voix du *Bundesrat*. La Cour constitutionnelle allemande, dans sa décision du 13 février 2020, a déclaré la loi de ratification de l'accord nulle, au motif qu'elle n'a pas été votée par le parlement allemand à la majorité de deux tiers (la décision est disponible en ligne à l'adresse https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-020.html ; J.-Cl. ZARKA, « L'arrêt du 13 février 2020 de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, relatif à l'accord sur une Juridiction unifiée du brevet », *LPA* 28 août. 2020, n° 154, p.6 ; v. aussi l'opinion dissidente des juges König, Langefeld et Maidowski, à propos de cette décision, disponible en ligne à l'adresse https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20200213_2bvr073917.html). Le parlement allemand a procédé, le 18 décembre 2020, à l'adoption d'une deuxième loi de ratification avec la majorité requise. Cette deuxième loi a, pourtant, fait l'objet le même jour de deux recours en inconstitutionnalité mais cette fois la Cour de Karlsruhe a rejeté les recours, dans une décision du 23 juin 2021 (la décision est disponible en ligne à l'adresse https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-057.html). La loi allemande de ratification de l'accord et de ses protocoles a été signée par le Président fédéral allemand le 7 août 2021 et elle a été promulguée le 12 août 2021.

[1157] Il est estimé que l'entrée en vigueur de l'accord JUB pourra intervenir vers la mi-2022.

1. La compétence exclusive de la JUB et ses différentes divisions

686. ***La compétence exclusive de la JUB***. Même si l'entrée en vigueur de l'accord JUB est retardée, dans la mesure où la finalisation du processus de ratification allemand reste toujours suspendue, il n'est pas sans intérêt d'examiner la structure de cette nouvelle juridiction. Il convient, tout d'abord, de rappeler que cette dernière sera compétente pour le règlement des litiges liés aussi bien aux brevets européens traditionnels qu'aux brevets européens à effet unitaire.

687. Plus précisément, selon l'article 32 de l'accord, la JUB aura compétence exclusive pour statuer sur le contentieux relatif à la contrefaçon et à la validité des brevets européens, avec ou sans effet unitaire – que l'action en nullité soit invoquée à titre principal ou à titre reconventionnel – ainsi que pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et des injonctions. Elle sera également compétente pour examiner les décisions de l'OEB de rejet de brevet européen à effet unitaire. Les juridictions nationales demeurent, toutefois, compétentes pour les actions relatives aux brevets qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la JUB, c'est-à-dire les différends relatifs à la propriété du brevet ainsi qu'aux contrats dont peuvent faire l'objet les brevets[1158].

688. ***La structure de la nouvelle juridiction***. La juridiction unifiée du brevet sera composée d'un tribunal de première instance, d'une cour d'appel et d'un greffe, situé au siège de la cour d'appel à Luxembourg[1159]. Le tribunal de première instance comporte une division centrale ainsi que des divisions locales et régionales. Le siège de la division centrale se trouvera à Paris mais une section sera également créée à Munich – la répartition des affaires entre le siège et cette section se fera en fonction du domaine technique considéré[1160]. Par ailleurs, chaque État

[1158] Selon P. Véron (P. VERON, « Le brevet européen à effet unitaire et la juridiction unifiée du brevet », *Trav. Com. fr. DIP*, 2012-2014) des questions délicates peuvent se poser lorsque dans un même litige certains aspects ressortent de la compétence exclusive de la JUB et d'autres qui n'en relèvent pas. Par exemple, un différend sur un contrat de licence, dans lequel le licencié conteste la validité du brevet. La partie du contentieux relative à l'exécution du contrat de licence ressort de la compétence des juridictions nationales alors que celle relative à la validité du brevet relève de la compétence de la JUB.

[1159] Il convient de noter, à titre de rappel, que l'article 35 de l'accord JUB prévoit la mise en place d'un centre de médiation et d'arbitrage en matière de brevets pour ayant ses sièges à Ljubljana et à Lisbonne. Le texte précise, toutefois, qu'un brevet ne pourra pas être annulé ou limité par une telle procédure de médiation ou d'arbitrage.

[1160] Initialement, il a été prévu que la division centrale aura son siège à Paris et comprendra deux sections situées à Londres et à Munich. L'idée a été de situer à Paris les affaires concernant les inventions dans les domaines des techniques industrielles, des transports, des textiles, du papier, des constructions fixes, de la physique et de l'électricité, à Londres les affaires concernant les inventions dans les domaines des nécessités courantes de la vie, de la chimie et de la métallurgie et à Munich celles portant sur les inventions dans les domaines de la mécanique,

membre a le droit de créer en son sein une division locale de la JUB et des divisions régionales pourront être mises en place par deux ou plusieurs États participants, qui désigneront le siège de la division[1161]. Concernant la cour d'appel, elle sera située à Luxembourg et connaîtra en tant que second degré de juridiction, de l'appel des litiges tranchés par le tribunal de première instance. Elle statuera en dernière instance, puisque l'accord ne prévoit aucun recours en cassation ou similaire contre ces décisions.

689. ***La répartition des affaires entre les divisions diverses de la JUB***. L'accord comporte aussi dans son article 33 des règles de compétence territoriale pour la répartition des affaires entre les différentes divisions du tribunal de première instance. La division centrale aura compétence exclusive pour les demandes portant à titre principal sur la validité du brevet européen (classique ou à effet unitaire) ainsi que pour les litiges relatifs à la non-contrefaçon du brevet[1162]. Elle sera également exclusivement compétente pour statuer sur les décisions de l'OEB de rejet de brevet européen à effet unitaire.

690. Quant aux divisions locales et régionales, elles seront compétentes pour connaître de la contrefaçon des brevets européens. À propos des actions en contrefaçon, l'accord offre un choix au demandeur entre le lieu de la contrefaçon et le domicile du défendeur (article 33 §1)[1163]. Si le défendeur est domicilié en dehors du territoire des États membres contractants, l'action en contrefaçon est portée devant la division locale ou régionale située sur le territoire de l'État membre où la contrefaçon s'est produite ou devant la division centrale. Si aucune division locale ne se trouve sur le territoire de l'État membre concerné et que celui-ci ne participe pas à une division régionale, l'action est portée devant la division centrale.

---

de l'éclairage, du chauffage, de l'armement et des explosifs. Néanmoins, après la décision du Royaume-Uni de retirer sa ratification de l'accord JUB, la section de la division centrale qui était prévue à Londres ne peut plus exister. L'accord doit alors être modifié, avant de pouvoir entrer en vigueur, par le biais du comité préparatoire qui a été institué. Plusieurs solutions sont envisageables, à savoir créer une nouvelle section dans un autre État membre ou répartir les dossiers qui auraient dû être traités à Londres entre le siège de la division centrale à Paris et la section située à Munich ou bien maintenir la distribution des affaires devant être traitées par la section de Munich, le siège à Paris étant responsable pour tous les autres dossiers.

[1161] Les États membres qui ne voudront pas créer de division locale ou adhérer à une division régionale, peuvent faire abandon de leur compétence juridictionnelle au profit de la division centrale.

[1162] Toutefois, l'article 33 §4 de l'accord précise que si une action en contrefaçon a été engagée entre les mêmes parties au sujet du même brevet devant une division locale ou régionale, l'action en constatation de non-contrefaçon du brevet et l'action en nullité du brevet ne peuvent être portées que devant la même division locale ou régionale.

[1163] En cas de pluralité de défendeurs, le demandeur pourra attraire l'ensemble des défendeurs devant la division du domicile de l'un des défendeurs. Une action ne peut être exercée contre plusieurs défendeurs que si ceux-ci ont un lien commercial et si l'action porte sur la même contrefaçon alléguée.

2. Le sort des éventuels conflits de procédure et des demandes reconventionnelles en nullité

691. ***La règle de litispendance en cas de conflits de procédure***. Il est intéressant d'observer que l'accord règle aussi le sort des éventuels conflits de procédure – qui sont susceptibles de surgir lorsque plusieurs actions concernant le même brevet sont concurremment exercées devant les diverses divisions de la JUB – ainsi que le sort des demandes reconventionnelles en nullité. En effet, le §2 de l'article 33 utilise le principe chronologique afin de résoudre les conflits de compétences en prévoyant que si une action est engagée entre les mêmes parties au sujet du même brevet devant plusieurs divisions différentes de la JUB, la division première saisie est compétente pour connaître du litige.

692. ***La bifurcation : un mécanisme souple de coopération entre les divisions de la JUB.*** Concernant les demandes en nullité du brevet invoquées à titre reconventionnel, la bifurcation est une possibilité ouverte par l'accord – la bifurcation désigne la faculté pour le tribunal saisi d'une demande en contrefaçon, lorsque la validité du brevet est contestée, de différer sa décision sur la validité ou de renvoyer cette question à une autre juridiction. Selon l'article 33 §3 de l'accord, si une demande reconventionnelle en nullité est formée dans le cadre d'une action en contrefaçon, la division locale ou régionale concernée peut décider soit de statuer tant sur la contrefaçon que sur la demande en nullité, soit de renvoyer la demande reconventionnelle en nullité devant la division centrale en suspendant ou non le cours de l'action en contrefaçon, soit de renvoyer l'affaire entière devant la division centrale[1164]. Ce mécanisme laisse une marge de manœuvre importante aux divisions du tribunal de première instance, tout en renforçant la coopération et le dialogue entre elles.

693. ***Le droit applicable***. Quant à la loi applicable, l'article 24 de l'accord précise que la JUB trouvera les règles pour trancher les litiges dont elle sera saisie dans le droit de l'Union, notamment, les règlements n° 1257/ 2012 et n° 1260/2012, l'accord lui-même[1165], la

[1164] Par ailleurs, si une action principale en nullité est pendante devant la division centrale, une action en contrefaçon entre les mêmes parties au sujet du même brevet peut être engagée devant une division locale ou régionale (outre la division centrale). Dans ce cas, la division locale ou régionale concernée peut décider soit de statuer sur la contrefaçon, soit de surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la division centrale sur la nullité, soit de renvoyer l'action en contrefaçon devant la division centrale pour une décision sur l'affaire entière (article 33 §5).

[1165] Il faut noter que l'accord sur la juridiction unifiée du brevet contient aussi de nombreuses dispositions de droit substantiel, comme les articles 25 à 30 relatifs à la définition des droits exclusifs attachés au brevet européen ainsi

Convention sur le brevet européen, les autres accords internationaux applicables aux brevets liant tous les États membres contractants, ainsi que dans le droit matériel national désigné comme applicable par des règles de conflits de lois tirées du droit de l'Union ou, à défaut, prévues par des instruments internationaux ou, à défaut, issues d'un droit national déterminé par la JUB.

694. ***L'efficacité des décisions de la JUB***. Les décisions rendues par cette nouvelle juridiction auront effet, dans le cas d'un brevet européen classique, dans le territoire des États membres contractants pour lesquels le brevet produit ses effets, tandis que les décisions de la JUB concernant un brevet européen à effet unitaire auront effet dans tous les États membres participants (article 34 de l'accord). Par ailleurs, les décisions de la JUB seront exécutoires dans tout État membre contractant (article 82 de l'accord).

695. ***Le régime transitoire***. L'accord prévoit, cependant, à son article 83 que pendant une période transitoire de sept ans à compter de son entrée en vigueur, la JUB exercera une compétence concurrente avec les juridictions nationales en matière de contrefaçon et de validité des brevets européens. La disposition met aussi en place un système d'*opt-out*, permettant au titulaire ou au demandeur d'un brevet européen de déroger, pendant cette période de sept ans, à la compétence exclusive de la JUB et réserver le contentieux aux juridictions nationales[1166].

3. <u>Une juridiction commune à plusieurs États membres</u>

696. ***Un nouveau système juridictionnel centralisé et spécialisé.*** La lecture de l'accord montre ainsi que nous sommes en présence d'un nouveau système juridictionnel centralisé et spécialisé qui est destiné, après une période transitoire, à se substituer aux tribunaux nationaux pour le contentieux des brevets. Il s'agit de la première juridiction supranationale en Europe à laquelle les États transfèrent leur souveraineté juridictionnelle.

697. ***La modification du RBI bis***. Le RBI *bis* a été modifié afin de tenir compte de ce nouvel édifice et permettre son application à la JUB. Le règlement n° 542/2014 du 15 mai 2014 a, en

qu'aux limitations de ces droits et les articles 59 et suivants qui énoncent des règles relatives aux mesures provisoires et conservatoires ainsi qu'aux sanctions et réparations de la contrefaçon.

[1166] Ce système d'*opt-out* n'est pas irrévocable. Le titulaire ou demandeur du brevet européen peut revenir sur sa décision et redonner à la JUB compétence exclusive, à condition de n'avoir pas déjà engagé une action devant une juridiction nationale.

effet, modifié le RBI *bis*, en prévoyant notamment, dans un nouvel article 71 *bis*, qu'une juridiction commune à plusieurs États membres est réputée être une juridiction d'un État membre lorsque, en vertu de l'instrument l'instituant, elle exerce sa compétence dans les matières relevant du champ d'application du RBI *bis*. Le même article définit comme juridiction commune à plusieurs États membres tant la Juridiction unifiée du brevet que la Cour de justice Benelux. En tant que juridiction commune à plusieurs États membres assimilée à une juridiction nationale, la JUB exercera sa compétence en coopération avec la CJUE, qu'elle pourra saisir de questions préjudicielles et dont les décisions seront contraignantes à son égard.

698. Il convient de remarquer que selon l'article 71 *quater* du règlement modificatif, les règles relatives à la litispendance et à la connexité du RBI *bis* sont applicables lorsque sont saisies la JUB et une juridiction nationale relevant d'un État membre non-partie à l'accord ainsi que lorsque, pendant la période transitoire, des demandes sont formées devant la JUB et devant la juridiction d'un État membre partie à l'accord[1167]. En outre, le règlement 542/2014 inscrit dans le droit de l'Union un principe de compétence des juridictions communes à plusieurs États membres vis-à-vis des défendeurs qui n'ont pas leur domicile sur le territoire de l'UE. Son article 71 *ter* §2 étend, afin de déterminer la compétence de la JUB à l'égard des défendeurs domiciliés dans un État tiers, les règles de compétence édictées par le RBI *bis*, en écartant toute considération du domicile du défendeur[1168].

699. ***La compétence extraterritoriale de la JUB***. Enfin, le règlement modificatif contient une innovation importante, car il étend, de façon limitée, la compétence de la JUB au-delà des frontières de l'Union, en matière de contrefaçon. En effet, il confère une compétence

[1167] Le règlement modificatif précise aussi que les règles prévues par le RBI *bis* en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions s'appliquent dans les relations entre les États membres qui sont parties à l'accord JUB et les États membres qui ne sont pas parties à l'accord (article 71 *quinquies*).

[1168] Comme l'observe P. Véron, c'est en vertu de cette nouvelle règle que, par exemple, le titulaire américain d'un brevet européen à effet unitaire ou d'un brevet européen classique pourra être attrait, dans le cadre d'une action en déclaration de non-contrefaçon devant la JUB. L'article 71 *ter* §2 rend ainsi le droit de l'Union conforme aux dispositions de l'article 33 §1, alinéa 3 de l''accord JUB qui permettent de porter une action en contrefaçon contre un défendeur domicilié hors l'UE non seulement devant une division locale ou régionale du lieu de la contrefaçon alléguée, mais aussi devant la division centrale de cette juridiction. L'auteur remarque, toutefois, que cette disposition de l'accord JUB a une portée plus large que celle du nouvel article 71 *ter* §2 du RBI bis, puisque l'article 33 §1 concerne non seulement les défendeurs qui ne sont pas domiciliés dans l'UE mais aussi ceux qui sont domiciliés sur le territoire d'un État membre, qui n'est pas partie à l'accord JUB ainsi que ceux qui sont domiciliés sur le territoire d'un État membre de l'UE qui est partie contractante à l'accord JUB, mais qui ne l'a pas encore ratifié (P. VÉRON, « Le règlement (UE) n° 542/2014 modifiant le règlement Bruxelles I (refonte) concernant les règles applicables à la juridiction unifiée du brevet et à la Cour de justice Benelux », *JDI*, n° 2, avril 2016, var. 4).

extraterritoriale à la JUB en ce qu'il lui permet de statuer sur des actes de contrefaçons commis à l'extérieur de l'UE lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans le territoire européen[1169].

700. Plus précisément, en vertu de l'article 71 *ter* §3 du règlement 542/2014, dans le cas où la JUB est compétente à l'égard d'un défendeur domicilié hors l'UE ayant commis une contrefaçon d'un brevet européen désignant le territoire de l'Union, elle peut aussi exercer sa compétence pour des actes de contrefaçon commis à l'extérieur de l'Union, dans la mesure où les biens appartenant au défendeur sont situés dans un État membre partie à l'accord JUB et où le litige a un lien suffisant avec un tel État membre. Il s'agit d'une compétence accessoire qui s'ajoute à la compétence principale de la juridiction portant sur des actes de contrefaçon ayant entraîné des préjudices à l'intérieur de l'Union[1170].

701. ***Les avantages d'un système juridictionnel centralisé et spécialisé***. De façon générale, la mise en place d'une juridiction autonome, ayant pour mission de centraliser le contentieux en matière de brevets, permettra d'éviter l'épineux problème qui a surgi depuis la jurisprudence *GAT*, à savoir la multiplication des instances lorsque la nullité du brevet européen traditionnel est invoquée à titre incident dans le cadre d'une action en contrefaçon. La création d'une telle juridiction permettra aussi, concernant le brevet européen à effet unitaire, d'assurer une protection uniforme sur la totalité du territoire de l'Union.

702. Par ailleurs, la mise en place d'une juridiction unifiée, dont les décisions seront valables sur l'ensemble du territoire de tous les États membres signataires, permettra de diminuer les coûts liés aux contentieux en matière de brevets et les frais qui y sont associés. Par conséquent, l'accord JUB garantira une cohérence dans le contentieux des brevets, une réduction du coût des procédures contentieuses ainsi qu'une plus grande efficacité dans la lutte contre la contrefaçon des brevets – à l'heure actuelle, le titulaire d'un brevet européen peut être

[1169] Ainsi que le rappelle P. Véron, le brevet européen classique délivré par l'OEB en vertu de la Convention sur le brevet européen n'est pas un brevet de l'UE. Certes, un tel brevet peut être délivré pour tous les États membres de l'UE. Mais il peut être délivré, également, pour couvrir le territoire d'États signataires de la Convention sur le brevet européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne, comme l'Albanie, l'Islande, la Norvège, la Serbie, la Suisse ou la Turquie (P. VERON, « Le règlement (UE) n° 542/2014 modifiant le règlement Bruxelles I (refonte) concernant les règles applicables à la juridiction unifiée du brevet et à la Cour de justice Benelux », *op. cit.*).

[1170] P. Véron souligne qu'il va de soi que l'article 71 *ter* §3 ne s'applique pas aux défendeurs domiciliés dans un État membre de l'UE qui n'est pas partie à l'accord JUB, car, selon cette disposition, la compétence accessoire s'applique *« à l'égard des préjudices entraînés par cette contrefaçon à l'extérieur de l'Union »* (P. VERON, « Le règlement (UE) n° 542/2014 modifiant le règlement Bruxelles I (refonte) concernant les règles applicables à la juridiction unifiée du brevet et à la Cour de justice Benelux », *op. cit.*).

amené à engager une action en justice devant plusieurs juridictions nationales afin de faire cesser des actes de contrefaçon ; avec cette nouvelle juridiction, il devra uniquement saisir la JUB.

703. ***Un système de justice fédéral***. Comme le constate E. Pataut, il s'agit bien d' *« un système de justice fédéral, intégré, complètement indépendant des juridictions nationales ayant pour assiette l'intégralité du territoire de l'Union européenne »*[1171]. En outre, à la différence du régime de la marque, qui s'appuie sur les tribunaux étatiques, le régime du brevet va encore plus loin, puisqu'il est assorti d'un système juridictionnel particulier et véritablement distinct de celui des États membres. Tous les deux régimes constituent, toutefois, un mécanisme de règlement des litiges propre à l'Union européenne – et, en ce sens, fédéral – permettant d'échapper à une conception stricte de la compétence exclusive pour se diriger vers une conception plus souple.

704. Enfin, il convient de remarquer qu'une telle solution suppose un haut degré d'intégration juridique et une harmonisation matérielle, qui existent bien au niveau européen dans le domaine de la propriété intellectuelle. En effet, il ne peut y avoir de règles de compétence fédérales que lorsque le droit substantiel a fait l'objet d'une unification presque complète, comme c'est le cas en matière de propriété intellectuelle au sein de l'UE. Nous observons alors que dans des matières très spécialisées caractérisées par une forte harmonisation matérielle, c'est la voie de la centralisation de la compétence judiciaire qui a été choisie. En d'autres termes, dans ces hypothèses, la tendance semble être la création de tribunaux internationaux et de procédures spécifiques pour concentrer les litiges[1172]

.

[1171] E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS éd., 2013, p. 23.
[1172] V. sur ce point D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, op. cit.*, p. 241, n° 213.

Conclusion du Chapitre I

705. Dans ce chapitre, ont été examinés certains signes d'affaiblissement des règles de compétence exclusive, prévues en matière civile et commerciale, tant sur le plan national qu'international – comme l'admission, en droit français, de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des brevets, malgré l'existence d'une compétence judiciaire exclusive en la matière. La limite de l'ordre public ne constitue pas un motif suffisant permettant de justifier l'inarbitrabilité du contentieux de l'annulation du titre. Certains droits étrangers admettent aussi le recours à l'arbitrage dans ce domaine en accordant – à la différence du droit français – un effet *erga omnes* à la partie de la sentence portant sur la validité du titre.

706. Après cette analyse du droit comparé de l'arbitrage, nous avons proposé des solutions envisageables à propos de la question de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité d'un titre de propriété intellectuelle. Il faut, en effet, distinguer deux cas : le premier vise la situation où le siège de l'arbitrage se trouve dans le pays d'enregistrement du titre. Dans cette hypothèse, si l'arbitrabilité du litige est admise dans ce pays, il faut laisser l'arbitre statuer sur la question qu'elle soit posée à titre principal ou à titre incident et attribuer à la sentence un effet *erga omnes*, à condition qu'elle ait été déclarée exécutoire par le juge. Le deuxième cas concerne la situation où le siège de l'arbitrage se trouve dans un pays autre que celui du lieu d'enregistrement du titre. Dans cette hypothèse, l'arbitre doit consulter la loi de cet autre pays afin de s'assurer de l'arbitrabilité du litige. Si elle admet le recours à l'arbitrage, la sentence aura un effet *erga omnes*, à condition d'avoir reçu l'*exequatur* devant le juge étatique.

707. Un autre cas d'assouplissement des règles de compétence exclusive porte sur la compétence exclusive en matière immobilière et se manifeste par l'introduction, au niveau européen, d'une option au demandeur entre le for de l'immeuble et le for du domicile du défendeur. Cette solution a conduit à la distorsion de la notion de compétence exclusive, puisque cette dernière est incompatible avec l'existence d'une compétence concurrente.

708. On a également rappelé l'interprétation restrictive de la compétence exclusive en matière immobilière, sociétaire et dans le domaine d'exécution des décisions contrairement à l'interprétation large retenue par la CJUE en matière de propriété intellectuelle. Les défauts de la jurisprudence européenne à propos de la portée de la compétence exclusive dans le domaine

de la propriété intellectuelle nous ont conduit à l'étude des systèmes juridictionnels propres qui ont été créés, dans le cadre européen, en matière de marques et de brevets.

Concernant le domaine des marques, le droit européen a procédé à l'unification du contentieux des marques à travers l'édiction des règles de compétence internationale communes et surtout à la création de la marque de l'Union européenne assortie d'un système juridictionnel spécifique. L'émergence de la marque de l'Union européenne, qui constitue une véritable institution fédérale, a conduit à l'apparition d'une figure juridique originale, la compétence exclusive européenne décentralisée.

En effet, la compétence exclusive est étendue à l'ensemble du territoire européen et exercée alternativement par un organe central ou par des juridictions nationales. Ce système juridictionnel permet, ainsi, l'assouplissement considérable des rigidités liées à la compétence exclusive d'une juridiction unique et cette solution pourrait servir de modèle pour les marques nationales, dans la mesure où il y a une intense coordination entre les systèmes juridiques dans l'espace judiciaire européen ainsi qu'un véritable rapprochement des droits nationaux en matière de marques.

709. Enfin, nous avons examiné le processus suivi pour la création du brevet européen à effet unitaire et la mise en place d'une Juridiction unifiée du brevet par le biais du mécanisme de la coopération renforcée. Plus précisément, ont été analysées la structure et la compétence exclusive de cette nouvelle juridiction, qui constitue une juridiction autonome et commune à plusieurs États membres. Il s'agit non seulement d'un système juridictionnel centralisé et spécialisé mais d'un véritable système de justice fédéral, qui vise à concentrer le contentieux et empêcher la multiplication des instances, lorsque la nullité du brevet est invoquée à titre incident dans le cadre d'une action en contrefaçon.

Dans le dernier chapitre, qui suit, nous allons étudier les différents mécanismes de coopération, qui existent entre les juridictions nationales et qui pourraient être mobilisés dans les matières visées par les compétences exclusives dans le but d'assouplir l'exclusivité.

Chapitre II - L'atténuation de l'exclusivité à travers la mise en place des mécanismes de coopération entre les juridictions nationales

710. ***La notion de coopération judiciaire internationale***. Il convient, tout d'abord, de préciser que coopérer, c'est travailler ensemble pour atteindre un certain objectif. Ainsi, comme le dit C. Tiburcio[1173], coopérer dans l'arène internationale signifie que cet effort commun se produit entre des acteurs situés dans des États différents ou lorsque ses effets se font sentir au-delà des frontières nationales. Le but final de la demande de coopération est de faciliter ou rendre effective l'activité juridictionnelle de l'État étranger. En d'autres termes, la coopération *« comprend toute modalité d'agir conjointement en vue d'un but commun, y compris l'assistance accordée par l'un des partenaires au profit d'un autre, dans l'expectative légitime d'une réplique compensatoire de nature analogue »*[1174].

Toutefois, malgré l'essor de la coopération judiciaire internationale, la définition ainsi que la dénomination de cette dernière reste controversée. *« De l'assistance juridique internationale à l'assistance judiciaire internationale, l'entraide judiciaire mutuelle – expression employée dans la Convention de La Haye de 1965 sur la notification – ou encore la coopération judicaire mutuelle – expression employée dans la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves – toutes ces expressions ont été utilisées indifféremment »*[1175].

711. ***La distinction entre coopération passive et coopération active***. P. Schlosser, dans son cours à La Haye[1176], a établi une distinction entre la coopération transfrontière passive et la coopération transfrontière active en matière civile et commerciale. La première concerne les situations dans lesquelles les autorités d'un État prennent en compte les événements judiciaires qui ont eu lieu dans un autre État alors que la coopération active exige la prise, de la part de

[1173] C. TIBURCIO, *International Co-operation in Civil Matters*, RCADI, vol. 393, 2018, p. 46.
[1174] O. CAPATINA, *L'entraide judiciaire international en matière civile et commerciale*, RCADI, vol. 179, 1983, p. 319. L'auteur a aussi donné une définition synthétique de l' « entraide judiciaire » : il s'agit d'une *« modalité de coopération internationale, ayant pour objet de faciliter l'activité judiciaire de l'État requérant ou d'un tribunal international, par l'accomplissement dans l'État requis de certains services appropriés, de nature procédurale »*.
[1175] C. TIBURCIO, *International Co-operation in Civil Matters*, *op. cit.*, p. 46.
[1176] P. SCHLOSSER, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, RCADI, vol. 284, 2000, p. 29 et s..

l'État dans lequel la procédure n'est pas menée, d'actes officiels dans le cadre d'une procédure étrangère déjà en cours ou à venir[1177].

Selon l'auteur, la coopération passive comprend la reconnaissance des jugements étrangers, le mécanisme de litispendance, ainsi que celui de *forum non conveniens*. Quant à la coopération active, elle implique principalement la notification ou signification des actes judiciaires ou extrajudiciaires, l'obtention des preuves, l'exécution des jugements étrangers, ainsi que la prise des mesures provisoires ou conservatoires en vue d'une procédure au fond à engager ou déjà pendante à l'étranger.

712. ***La distinction entre coopération et coordination***. Cependant, il est aussi possible de considérer que les éléments, qui font partie de la coopération passive selon P. Schlosser, et surtout la litispendance et le *forum non conveniens*, constituent plutôt des mécanismes de coordination, si nous entendons par coopération l'interaction purement active entre les ordres juridiques. En effet, selon K. Mehtiyeva[1178], la coopération judiciaire constitue un mode d'interaction juridique fondé sur une entraide active et dépasse la simple coordination entre les ordres juridiques.

Comme le remarque l'auteure, la méthode de coordination *« a pour objectif de prévenir ou de mettre fin aux conflits qui peuvent naître du fait de la pluralité des systèmes dans lesquels s'insère la relation internationale litigieuse – soit que plusieurs ordres juridiques ont vocation à régir la question, soit qu'il existe une concurrence entre deux procédures parallèles par rapport au même litige ou encore qu'il y a un conflit entre une décision déjà rendue dans un ordre juridique donné dans le cadre d'un litige et une procédure pendante devant un autre ordre juridique pour le même litige »*[1179].

[1177] F. Pocar a adopté une approche similaire. Il a distingué, d'une part, la coopération active, qui requiert la participation des autorités locales, et d'autre part, la coopération passive, qui implique une tolérance de l'État du for par rapport à la pratique d'une activité dans le for dans l'intérêt de l'État étranger, F. POCAR, *L'Assistenza Giudiziaria Internazionale in Materia Civile*, Padua, CEDAM, 1967, p. 29.

[1178] K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, préface Loïc Cadiet, LGDJ Lextenso, 2020, p. 2 et s..

[1179] *Ibid.*, p. 7. D'après P. Picone, la coordination permet *« d'envisager et d'organiser le déroulement et/ou la circulation d'une situation juridique déterminée, à l'intérieur d'un ou plusieurs ordres juridiques, de façon à tenir compte dès le début non plus seulement des conflits entre les lois de différents États, mais aussi du conflit potentiel et/ou du concours entre les ordres juridiques en cause »* (P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, RCADI, vol. 276, 1999, p. 25). En d'autres termes, la coordination permet de mettre en liaison et en ordre, de faire vivre ensemble des systèmes juridiques différents, de limiter leurs domaines de validité respectifs l'un par rapport à l'autre (K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 7)

713. Cette définition de la notion de coordination est compatible avec celle donnée par le Vocabulaire Henri Capitant selon laquelle la coordination en droit international privé correspond à l'ensemble des démarches qui, tenant compte de la diversité des systèmes juridiques sur le plan interne comme international et des difficultés qui en résultent dans les relations privées, tendant à atténuer les effets. Les systèmes juridiques constituent l'élément de diversité retenu et la fin poursuivie est l'atténuation des effets néfastes de cette diversité, comme le manque de prévisibilité ou le manque d'harmonie des solutions[1180].

Dans ces conditions, le modèle de coordination semble être passif, dans la mesure où son but principal consiste à soumettre le litige international à un seul système juridique avec lequel il présente des points de rattachement. En revanche, la coopération judiciaire *« permet d'adopter une approche transnationale de l'instance. (…) Si la coordination consiste à éviter le dialogue ou le croisement entre les ordres juridiques, la coopération, elle, le recherche. Son objectif est de mettre ces systèmes en relation, de les faire communiquer entre eux »*[1181]. La coopération semble être une forme poussée de coordination.

714. ***Les éléments de définition de la coopération judiciaire***. K. Mehtiyeva donne, dans sa thèse, les éléments de définition essentiels de la coopération judiciaire[1182]. Cette dernière suppose, tout d'abord, l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques impliqués dans une instance. La nécessité de la coopération judiciaire se manifeste, en effet, lorsque, dans le cadre d'un litige, il y a des éléments d'extranéité, qui apparaissent comme *« une circonstance de déformation de l'instance »*[1183] et troublent la fonction juridictionnelle du juge, puisqu'ils *« constituent un obstacle au déploiement ordinaire des règles du for, conçues pour être appliquées sans frictions à l'intérieur du territoire local »*[1184].

Ensuite, un deuxième élément de définition de la notion réside dans l'horizontalité du lien qui unit les ordres juridiques qui coopèrent. Autrement dit, *« la coopération judiciaire s'inscrit dans le schéma horizontal de rapports entre les ordres juridiques placés sur un plan*

[1180] V. P. MAYER, « La notion de coordination et le conflit de juridictions », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, p. 5.
[1181] K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit*., p. 8.
[1182] *Ibid.*, p. 18 et s..
[1183] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, p. 120.
[1184] *Ibid.*

d'égalité »[1185]. L'auteure précise que les rapports verticaux, qui résultent d'une hiérarchie entre deux ordres juridiques, ne relèvent pas à proprement parler de la coopération. Dans ce type de rapports, il y a une obligation de dialogue qui s'impose d'un ordre à un autre, alors que la coopération judiciaire est un acte qui reste, dans une certaine mesure, un acte libre.

Par exemple, entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques des États membres de l'Union, il existe des instruments d'interaction verticale, notamment le renvoi préjudiciel, qui sont les *« formes d'un dialogue formel et institutionnel entre les juges nationaux et la juridiction suprême de l'ordre européen »*[1186]. Ce dialogue imposé constitue une exigence existentielle[1187], dans la mesure où il a pour objectif l'harmonisation de l'interprétation du droit de l'Union. Enfin, selon K. Mehtiyeva, la coopération ne se contente pas à un dialogue ou à un échange de vues entre les juges mais consiste à une action d'entraide, d'assistance composée d'actes, juridiques et matériels.

715. ***La nécessité d'un aménagement de la souveraineté***. Avant d'entrer dans le détail, il est intéressant de remarquer que le modèle de coopération entre les tribunaux nationaux peut poser difficulté, puisque la coopération exige un aménagement de la souveraineté, qui n'est pas négligeable. En effet, à la différence du modèle de coordination, qui *« fonctionne comme une immense mécanique d'ordonnancement des souverainetés entre elles, et par conséquent est destiné à faire respecter au mieux l'exclusivité territoriale de chaque État »*[1188], la coopération implique une confiance entre les États qui dépasse la simple coexistence entre les différentes compétences exclusives.

En d'autres termes, elle implique *« la décision d'un État de laisser un autre empiéter sur sa souveraineté, ou consent au moins à prêter en quelque sorte sa souveraineté à l'autre »*[1189]. Comme le dit P. Schlosser, *« it is a matter of fact that public authorities have difficulties in finding their way to cross-border co-operation (…) The main reason for the underdeveloped state of transborder co-operation among public authorities is the concept of sovereignty on*

[1185] K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 24. V. aussi G. DE VERGOTTINI, *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, Dalloz, Rivages du droit, 2013, p. 21.
[1186] K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 22.
[1187] P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Liège, PU Liège, 1975, rééd. Bruxelles, Bruylant 2006, p. 227.
[1188] K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 10.
[1189] *Ibid.*, p. 9.

which the concept of jurisdiction is built »[1190]. Toutefois, l'auteur constate que même si la compétence juridictionnelle est une émanation de la souveraineté d'un État, la souveraineté peut être exercée dans un esprit de coopération.

Elle semble même constituer la raison d'être de la coopération judiciaire, dans la mesure où l'exclusivité territoriale a conduit à l'essor de la coopération, qui se fonde sur le modèle d'une demande d'aide provenant d'un ordre juridique vers un autre, afin que ce dernier consente à aménager sa souveraineté, pour permettre le bon déroulement de l'instance dans l'ordre juridique requérant et dans l'attente que celui-ci fasse de même au cas où les situations s'inversent. La réciprocité apparaît, ainsi, comme le vecteur de la coopération[1191].

716. ***L'approche des pays de droit civil et celle des pays de common law***. En outre, il faut souligner que les pays de tradition romano-germanique n'adoptent pas la même approche quant à la coopération judiciaire que les pays de *common law*. *« Unlike, in civil law countries, "judicial competence", i.e. "jurisdiction" with which a court may be vested in a common law country, may or may not, at the court's discretion, be "exercised" or may be exercised in a co-operative way »*[1192].

Par exemple, en matière d'obtention des preuves à l'étranger, pour les pays de droit civil, dans lesquels le juge veille à l'instruction de l'affaire, lorsque des éléments de preuve doivent être recherchés à l'étranger, un conflit de souverainetés émerge et le juge ne peut pas librement procéder à des actes d'instruction dans un État étranger. En revanche, dans les pays de *common law*, la recherche des preuves est laissée à l'initiative privée des parties et de leurs avocats, et la collecte des preuves n'est en principe pas entravée par le phénomène de la frontière[1193]. Pourtant, malgré ces approches divergentes, nous allons voir que la coopération judiciaire internationale dans cette matière a évolué de façon significative.

717. Dans le cadre de notre thèse, nous allons, dans un premier temps, examiner les mécanismes de coopération horizontale, qui sont prévus tant au niveau international (Section I) qu'européen (Section II), surtout en matière civile et commerciale, et qui s'accomplissent au

[1190] P. SCHLOSSER, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, *op. cit.*, p. 25.
[1191] K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 9 et s..
[1192] P. SCHLOSSER, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, *op. cit.*, p. 26-27.
[1193] N. MEYER-FABRE, *L'obtention des preuves à l'étranger*, Trav. Comité fr. DIP 2002-2004, p. 199 et s..

stade de l'instance. Nous allons, par la suite, réfléchir à la façon dont ces mécanismes peuvent être utilisés dans les matières visées par les règles de compétence exclusive (Section III).

Section I : Les mécanismes de coopération horizontale dans l'espace judiciaire international

718. La coopération judiciaire internationale a subi une évolution remarquable au sein du système des Conventions de La Haye (§1). Même dans des situations où les tribunaux concernés n'appartiennent à aucun système de compétence commun il peut y avoir de dialogue et de collaboration entre les juges étatiques (§2).

§1 L'évolution de la coopération au sein du système des Conventions de La Haye

719. Alors qu'initialement le principe en matière de coopération judiciaire internationale était celui de la coopération indirecte, faisant intervenir les autorités diplomatiques, est apparue la figure de la coopération semi-directe de type administratif, fondée sur la désignation d'autorités centrales (I). Il n'est pas inutile de voir comment se manifeste la volonté de faciliter et renforcer la coopération interjuridictionnelle en matière d'obtention des preuves et dans le domaine de l'accès à la loi étrangère (II).

I. Le passage d'une coopération indirecte à une coopération semi-directe de type administratif

720. ***L'apparition de l'entraide judiciaire internationale et son objet classique***. L'émergence de l'entraide judiciaire internationale a répondu à un besoin accru de coopération des organes étatiques afin d'assurer une meilleure administration de la justice dans des instances comportant un élément d'extranéité. L'entraide judiciaire peut être définie comme étant *« le concours d'autorités de deux États pour faciliter le déroulement d'un litige depuis l'introduction de l'instance jusqu'à l'exécution de la décision »*[1194]. Elle implique des faits actifs de collaboration d'une autorité étatique à l'accomplissement d'un litige engagé dans un

[1194] B. STURLÈSE, *Entraide judiciaire : matière civile*, Répertoire Droit international, Dalloz, décembre 1998, n° 2.

autre État et constitue *« la manifestation principale de l'idée de coordination des justices étatiques au sein de l'instance »*[1195].

L'objet classique de l'entraide judiciaire internationale, organisée par la voie conventionnelle dans le domaine du contentieux civil et commercial, comprend les notifications internationales des actes judiciaires et extrajudiciaires, l'obtention des preuves à l'étranger, l'information sur le droit étranger ainsi que l'accès international à la justice. Dans la plupart de ces matières, des conventions multilatérales ont été négociées et adoptées sous les auspices de la Conférence de La Haye[1196]. Elles prévoient des solutions minimales qui peuvent être améliorées par voie de conventions bilatérales.

721. ***L'évolution de la coopération dans le système des Conventions de La Haye***. Il est intéressant d'observer l'évolution qui s'est opérée en matière de coopération judiciaire active dans le système des Conventions de La Haye. Au départ, le principe était celui de la coopération indirecte, faisant intervenir systématiquement les autorités diplomatiques ou consulaires, qui s'interposaient entre les autorités nationales agissantes [1197]. *« L'intermédiation a été le premier réflexe des Conventions de la Haye de procédure civile, qui se sont d'abord appuyées sur le canal de la transmission diplomatique, puis consulaire »*[1198]. La faiblesse de cette approche consistait à laisser sans recours le particulier en cas d'inertie de l'agent diplomatique censé agir pour son compte à l'étranger.

[1195] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, n° 1.

[1196] La Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale ; la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ; la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice.

[1197] Convention de La Haye du 14 novembre 1896 relative à la procédure civile, Convention de La Haye du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile, Convention de La Haye du 1er mars 1954 relative à la procédure civile. V. G. DROZ « Évolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du 1er siècle de la Conférence de La Haye », Études *Bellet*, Litec 1991, p. 129, l'auteur parle de « temps des ambassadeurs », où l'entraide internationale se réalisait « avec majesté et lenteur ».

[1198] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, n° 6. V. aussi K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 41 et p. 76. L'auteure décrit la procédure de la coopération indirecte : en matière de notifications internationales, les copies devaient être transmises par les parquets au ministère des Affaires étrangères qui les adressait aux autorités consulaires françaises établies dans le pays où devait se faire la signification. Les autorités consulaires demandaient aux autorités locales la signification de l'exploit. Le consul de l'État requérant établissait sa demande de signification, et l'autorité requise renvoyait à son consul la pièce prouvant la signification. L'autorité nationale désignée devait adresser au consul une pièce attestant que la signification avait été effectuée ou, faute de signification, les raisons ayant empêché cette dernière. En matière d'obtention des preuves à l'étranger, la juridiction commettante s'adressait au ministre de la Justice qui transmettait la commission au ministre des Affaires étrangères de l'État requis. Ce dernier la communiquait au ministre de la Justice de son pays, qui après avoir examiné la commission et en avoir autorisé l'exécution, la faisait parvenir au tribunal délégué.

Ensuite, la coopération indirecte s'est transformée en coopération semi-directe de type administratif. Avec les Conventions de La Haye de 1965, en matière de notification des actes, et de 1970, en matière d'obtention des preuves, est apparue l'amorce d'une collaboration nouvelle. Elles ont inauguré *« le procédé de l'intermédiation administrative spécialisée »*[1199], en prévoyant la désignation par les États membres d'autorités centrales – en France, il s'agit du ministère de la Justice – susceptibles d'être saisies, dans l'État requis, par les autorités judiciaires de l'État requérant. Il s'agit d'un *« mouvement d'institutionnalisation juridique et de privatisation de l'entraide transfrontière »*[1200], qui – comme nous le verrons ultérieurement[1201] – s'est renforcé au sein de l'Union européenne avec la mise en place des systèmes de coopération modernisés.

722. Le rôle des autorités centrales consiste à déclencher la réalisation de la mesure sollicitée et d'en contrôler l'accomplissement. Elles communiquent directement entre elles pour appliquer et contrôler l'application des dispositions des Conventions. Il convient, pourtant, de remarquer que les Conventions de La Haye de 1965 et 1970 admettent aussi le recours à la voie diplomatique, mais il est conçu pour être subalterne. En outre, la Convention de 1965 en matière de notification des actes judiciaires et extrajudiciaires, prévoit la possibilité d'un dialogue direct entre les organes spécialisés des États signataires – d'huissier à huissier par exemple – mais cette modalité doit être mise en place par les États en dehors des prévisions de la Convention (article 11 de la Convention de 1965). Les conventions multilatérales de La Haye *« ont entrevu la figure de l'entraide judiciaire directe mais ne l'ont pas elles-mêmes généralement mise en place »*[1202].

723. ***Les dispositifs de coopération en matière familiale***. En dehors de la matière civile et commerciale, il est important de noter que le besoin de la coopération entre les autorités nationales a été aussi ressenti en matière familiale. La Convention de La Haye du 25 octobre de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, qui a adopté le système de l'autorité centrale, organise la communication et la coopération entre les autorités des différents États parties liés aux situations compromettant l'intérêt de l'enfant[1203]. La

[1199] *Ibid.*
[1200] *Ibid.*
[1201] V. *infra*, n° 753 et s..
[1202] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, n° 6.
[1203] D. P. Fernández Arroyo remarque que la Conférence de La Haye a développé, en matière d'enlèvement international d'enfants, un dialogue fluide avec les juges de tous les régions du monde. En se fondant sur des moyens informatiques, elle a mis en place des instruments, comme INCADAT, INCASTAT et *iChild*,

coopération transfrontalière *via* l'instauration des autorités centrales est également assurée dans le cadre des Conventions de La Haye du 29 mai 1993 sur l'adoption internationale et du 19 octobre 1996 sur la protection des mineurs[1204].

724. ***L'institution d'un mécanisme inspiré de la technique du forum non conveniens***. Il convient de remarquer que la Convention de 1996 contient deux dispositions (articles 8 et 9) qui introduisent un mécanisme inspiré des notions de *forum non conveniens* et de *forum conveniens*, lorsqu'il apparaît que l'intérêt supérieur de l'enfant est que sa protection soit assurée par d'autres autorités que celles de l'État de sa résidence habituelle. L'article 8 permet aux autorités de la résidence habituelle de l'enfant de se dessaisir et transférer la compétence à l'autorité d'un autre État[1205] dont elles se seront assurées qu'elle exercera la compétence à elle confiée.

L'autorité normalement compétente a deux possibilités, elle peut soit s'adresser elle-même à l'autorité qu'elle estime la plus appropriée et lui demander d'accepter sa compétence pour prendre les mesures nécessaires pour la protection de l'enfant, ou bien surseoir à statuer et inviter les parties à saisir cette autorité d'une telle demande. Ces deux possibilités sont placées sur un pied d'égalité et il n'y a pas lieu de distinguer selon que les autorités compétentes sont des autorités judiciaires ou des autorités administratives. La procédure de communication directe entre autorités peut aussi être mise en œuvre par une autorité judiciaire. Comme le précise le rapport explicatif sur la Convention, *« il appartiendra à chaque État contractant, en ratifiant la Convention, de prévoir dans sa législation, si elle n'existe déjà, la possibilité pour*

D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI, vol. 323, 2006, p. 221, n° 195.

[1204] La Convention de 1996 sur la protection des mineurs a modernisé les formes de coopération déjà organisées dans la Convention de La Haye de 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, v. P. SCHLOSSER, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, *op. cit*., p. 302 et s.. Sur la coopération internationale en matière familiale, v. Linda J. SILBERMAN, *Co-operative Efforts in Private International Law on Behalf of Children : The Hague Children's Conventions*, RCADI, vol. 323, 2006, p. 267 et s..

[1205] Le paragraphe 2 de l'article 8 énumère les États dont les autorités peuvent être saisies dans les conditions prévues par la disposition. Il s'agit de l'État dont l'enfant possède la nationalité, de l'État dans lequel sont situés des biens de l'enfant, de celui dont une autorité est saisie d'une demande en divorce ou séparation de corps des parents de l'enfant, ou en annulation de leur mariage ainsi que de l'État avec lequel l'enfant présente un « lien étroit » – une formulation assez flexible qui est compatible avec la notion sous-jacente du *forum non conveniens*, laquelle inspire l'article 8 de la Convention, et qui peut viser par exemple, la compétence des autorités de l'État de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant ou de l'État dans lequel vivent des membres de la famille de l'enfant qui sont disposés à s'occuper de lui (v. Rapport explicatif de P. LAGARDE sur la Convention de la Haye de 1996 portant sur la protection des enfants, n° 55).

ses juridictions de saisir une autorité d'un autre État »[1206]. Selon l'article 31, cette saisine peut se faire avec le concours de l'Autorité centrale de l'État de l'autorité destinataire.

725. Le paragraphe 3 de l'article 8 encourage les échanges de vue entre les autorités concernées, pour que l'autorité requise puisse apprécier si elle est mieux placée que l'autorité de l'État de la résidence habituelle de l'enfant afin d'exercer la compétence de protection dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet échange de vues se déroulera dans le cadre du mécanisme de coopération entre États parties prévu par la Convention[1207] et dans lequel les Autorités centrales des États contractants jouent un rôle important. Elles ont une mission générale de coopération et d'information ; elles sont en quelque sorte le point fixe qui pourrait être contacté par les autorités des autres États parties et qui pourrait répondre à leurs demandes. À côté de ce rôle reconnu aux Autorités centrales, la Convention prévoit aussi la possibilité de communications et demandes directes d'informations entre les autorités d'États contractants différents appelées à prendre des mesures de protection, ainsi que la possibilité de conclure entre eux des accords pour faciliter cette coopération.

En outre, l'article 9 de la Convention donne la possibilité aux autorités d'un État autre que celui de la résidence habituelle de l'enfant de demander à l'autorité compétente de l'État de la résidence habituelle de l'enfant qu'elle leur abandonne sa compétence pour prendre les mesures de protection qu'elles estiment nécessaires. Dans ce cas, l'autorité requérante considère qu'elle est la mieux à même d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant et la procédure mise en place est symétrique de celle prévue à l'article 8 : l'autorité requérante peut soit s'adresser elle-même à l'autorité de l'État de la résidence habituelle de l'enfant, directement ou avec le concours de l'Autorité centrale dudit État, et lui demander la permission d'exercer la compétence pour prendre les mesures nécessaires, ou bien surseoir à statuer et inviter les parties à saisir cette autorité d'une telle demande.

[1206] Rapport explicatif de P. LAGARDE sur la Convention de la Haye de 1996 portant sur la protection des enfants, n° 54.
[1207] V. Chapitre V de la Convention, articles 29-39.

II. La volonté de faciliter et renforcer la coopération interjuridictionnelle en matière d'obtention des preuves et dans le domaine de l'accès à la loi étrangère

726. Nous allons examiner, dans un premier temps, les dispositifs d'entraide mis en place en matière d'obtention des preuves (A) avant de voir ceux instaurés dans le domaine de l'accès au contenu de la loi étrangère (B).

A. Les dispositifs d'entraide mis en place en matière d'obtention des preuves

727. ***L'innovation de la Convention de La Haye de 1970***. Il n'est pas sans intérêt de faire quelques observations concernant la Convention de La Haye de 1970 portant sur l'obtention des preuves à l'étranger. Lorsque des mesures d'instruction utiles au déroulement d'une instance – comme la production ou consultation des documents, l'audition des témoins, l'expertise – doivent être réalisées à l'étranger, il est nécessaire de donner mandat à une autorité qui puisse les accomplir dans ce pays. Cette délégation des pouvoirs est connue sous le nom de « commission rogatoire internationale ».

Une autorité qui n'est pas régulièrement mandatée ne peut pas procéder à un acte d'instruction sur un territoire étranger sans violer la souveraineté de cet État. Il est alors indispensable que le juge s'adresse à son homologue relevant d'un autre ordre juridique pour l'aider dans la recherche des preuves nécessaires à l'aboutissement de l'instance dont il est saisi. Dans ce contexte, la coopération judiciaire internationale a pour but de remédier aux inconvénients liés à l'impossibilité pour un État d'exercer, pendant le litige, son pouvoir juridictionnel à l'étranger, en vue de l'exécution de certains actes de procédure.

728. La Convention de La Haye de 1970 a pour objectif d'organiser et faciliter les modalités de transmission du mandat et des pièces d'exécution, de préciser les formes de ces éléments, ainsi que de déterminer la nature et le rôle des autorités délégataires. Plus précisément, l'autorité centrale clairement identifiée dans chaque État contractant reçoit les commissions rogatoires émanant de l'autorité judiciaire d'un autre État partie et les transmet à l'autorité compétente aux fins d'exécution[1208].

[1208] Le mécanisme est similaire dans le cadre de la Convention de La Haye de 1965 sur la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires. L'autorité centrale est chargée de recevoir les demandes de signification transmises

Comme nous l'avons mentionné, la principale innovation de la Convention réside dans la création dans chaque État d'une autorité centrale, à laquelle sont transmises les commissions rogatoires sans intervention d'une autre autorité de l'État requis. *« L'unicité d'interlocuteur gomme plusieurs étapes de la transmission traditionnelle par la voie diplomatique. Elle rapproche l'intermédiaire de l'autorité commise lorsque, comme en France, c'est le ministère de la Justice qui a été désigné (...) L'avantage de la désignation d'une autorité centrale spécialisée réside dans la meilleure aptitude au contrôle de forme et de validité des commissions rogatoires »*[1209].

729. ***Les modes subsidiaires d'obtention des preuves***. L'autorité commise est traditionnellement une autorité judiciaire de l'État requis. Mais, à côté de l'obtention des preuves par commission rogatoire judiciaire, le texte organise aussi les mesures d'instruction accomplis par les agents diplomatiques ou consulaires. Il s'agit, cependant, d'un mode subsidiaire d'obtention des preuves, dans la mesure où il est assujetti à diverses réserves possibles émanant du pays requis. Enfin, la Convention de 1970 comporte une innovation, en prévoyant l'obtention des preuves par commissaire, ce qui intègre une pratique anglo-américaine[1210], mais dans un certain nombre de pays, l'activité du commissaire est subordonnée à une autorisation préalable[1211]. De façon générale, la tolérance des États vis-à-vis des interventions des agents diplomatiques, consulaires ou des commissaires est à géométrie variable et le texte prévoit de multiples possibilités d'aménagement des règles conventionnelles par les États contractants.

730. ***La présentation uniforme des demandes d'entraide***. D'un point de vue formel, la Convention énumère les indications que doit mentionner une commission rogatoire et afin de promouvoir une présentation uniforme des demandes d'entraide, l'usage de formulaires types est encouragé. Concernant la langue employée pour la rédaction de la commission rogatoire, le principe est l'usage de la langue de l'État requis, mais, sauf opposition d'un État contractant, la

---

par l'autorité ou l'officier ministériel compétent selon la loi de l'État d'origine, de traiter les demandes et de retourner à l'expéditeur une attestation relatant l'exécution de la demande ou précisant le fait qui l'a empêchée.

[1209] J.-P. BERAUDO, « Commission rogatoire : matière civile », Répertoire Droit international, Dalloz, février 2017, n° 51. Selon l'article 5 de la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger *« Si l'Autorité centrale estime que les dispositions de la Convention n'ont pas été respectées, elle en informe immédiatement l'autorité de l'État requérant qui lui a transmis la commission rogatoire, en précisant les griefs articulés à l'encontre de la demande »*.

[1210] Selon l'article 17 de la Convention, *« En matière civile ou commerciale, toute personne régulièrement désignée à cet effet comme commissaire peut procéder, sans contrainte, sur le territoire d'un État contractant à tout acte d'instruction concernant une procédure engagée devant un tribunal d'un autre État contractant »*.

[1211] V. J.-P. BERAUDO, « Commission rogatoire : matière civile », *op. cit.*, n° 64.

langue française ou anglaise doit être acceptée. Quant aux règles sur l'exécution des commissions rogatoires, l'autorité commise applique la loi de son pays en ce qui concerne les formes à suivre[1212].

731. ***L'aménagement de la démultiplication des lois de procédure***. Il est vrai que la mise en place de la coopération judiciaire soulève certaines difficultés, dont la *« démultiplication, de principe, des lois de procédure pertinentes »*[1213]. La loi de l'État requérant régit la question de l'admissibilité et de la régularité de la mesure ordonnée, puisque cette loi gouverne l'émission de la commission rogatoire, alors que l'exécution de la mesure est soumise à la loi de l'État requis, qui régit les formalités des mesures diligentées par l'autorité requise. *« Cette application distributive des règles de droit sous-entend une certaine confiance réciproque dans les autorités et le respect des formes et des garanties par ces dernières, et nécessite par conséquent une véritable coopération judiciaire »*[1214].

La démultiplication des lois de procédure peut cependant être aménagée. En effet, selon l'article 9 de la Convention de 1970, si l'État requérant sollicite une forme spéciale conforme aux exigences de sa propre loi[1215], l'autorité requise doit y déférer. Un refus d'exécution ne peut pas être fondé sur la seule contrariété avec la loi locale ; il faut une incompatibilité ou une impossibilité soit en raison des usages judiciaires de l'État requis, soit de difficultés pratiques[1216].

[1212] Sur la réglementation directe des questions de procédure employée en tant que procédé dans les relations conventionnelles des États en matière d'entraide judiciaire internationale mais aussi sur la prépondérance parfois constatée du point de vue du pays requis sur celui du pays requérant, v. L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, n° 8 et s..

[1213] L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, RCADI, 2019, n° 305.

[1214] K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 78. L'auteure explique que l'État requis n'a aucune obligation juridique d'exécuter la commission rogatoire reçue de la part d'un autre État. Il le fait dans l'esprit et la finalité de la coopération, mais il doit respecter les formes et les modalités prescrites par sa propre loi. L'État requis tient cette liberté du droit international public, sur le fondement duquel il désignera entre autres les organes compétents.

[1215] Par exemple, l'enregistrement audiovisuel d'un témoignage ou la *cross examination*. Le législateur français a procédé à une adaptation aux méthodes anglo-saxonnes, en permettant au juge requis de laisser se dérouler devant lui un interrogatoire par les avocats des parties et même d'en organiser la transcription ou l'enregistrement intégral (articles 739 et 740 du nouveau Code de procédure civile). Toutefois, concernant ces deux formes spéciales d'actes d'instruction, J.-P. Beraudo précise que *« le délégué de la France a fait connaître, lors de la réunion de La Haye de 1989, que leur exécution par des juridictions françaises ne rencontrait pas d'obstacle. Malheureusement, la pratique n'a pas suivi. Des juridictions françaises ont refusé que l'audience d'audition de témoins soit filmée ou que se déroule une cross examination en leur présence, en langue anglaise, connue des avocats et des témoins »* (J.-P. BERAUDO, « Commission rogatoire : matière civile », *op. cit.*, n° 54).

[1216] Sur la commission rogatoire relative à une *pre-trial discovery of documents*, v. J.-P. BERAUDO, « Commission rogatoire : matière civile », *op. cit.*, n° 50 et n° 66 et s. L'article 23 de la Convention autorise une réserve visant à écarter *« les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les États du common law sous le nom de pre-trial discovery of documents »*. La France a, initialement, souscrit à cette réserve, mais l'a, en grande

732. ***Les motifs limitatifs de refus d'exécution de la commission rogatoire***. Par ailleurs, l'article 12 de la Convention énonce les motifs limitatifs de refus d'exécution de la commission rogatoire de la part de l'autorité requise, à savoir la méconnaissance des attributions du pouvoir judiciaire et atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État requis. Toutefois, il faut remarquer que le dernier alinéa de la disposition précise que l'exécution ne peut être refusée pour le seul motif que la loi de l'État requis revendique une compétence judiciaire exclusive dans l'affaire en cause[1217]. En France, le décret du 6 mai 2017[1218], dans un esprit de modernisation de la procédure civile, a rendu possible l'exécution directe, notamment par vidéoconférence, des commissions rogatoires délivrées dans le cadre de la Convention de La Haye de 1970.

733. ***Le caractère non exclusif des modes d'obtention des preuves organisés par la Convention de 1970***. Il n'est pas inutile de mentionner qu'une question qui divise les États signataires de la Convention de 1970 est le point de savoir si les modes d'obtention des preuves organisés par le texte sont exclusifs de tous les autres afin de collecter des éléments d'information situés à l'étranger[1219]. La cour d'appel de Versailles a jugé, dans un arrêt du 9 avril 1993[1220], qu'une mesure d'ordre probatoire peut être accomplie librement – en dehors des procédures prévues par la Convention – à condition qu'elle ne soit pas de nature à porter atteinte à la souveraineté de l'État où elle a lieu.

---

partie, levée dans une déclaration modificative du 19 janvier 1987, en acceptant les commissions rogatoires qui ont pour objet la procédure de *pre-trial discovery* lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige. V. aussi *Aérospatiale c/ United States District Court for the Southern District of Iowa*, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 559, note A. DYER ; K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit*., p. 65 et s. ; N. MEYER-FABRE, *L'obtention des preuves à l'étranger*, *op. cit*. p. 205 et s. ; G. DROZ, *Les droits de la demande dans les relations privées internationales*, Trav. Comité fr. DIP 1993-1994, p. 108 et s.

[1217] La même disposition est aussi prévue dans la Convention de La Haye de 1965 (article 13).

[1218] Décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, JO 10 mai 2017.

[1219] La question du caractère impératif des modes d'obtention des preuves prévus par la Convention a été débattue au sein du groupe d'experts gouvernementaux réunis en 1989 par la Conférence de La Haye, mais les opinions ont été divergentes. La Commission spéciale a, pourtant, estimé que *« priorité [devait] être donnée aux procédures prévues par la Convention »*, lorsque des preuves situées à l'étranger étaient demandées. Lors de la réunion de la Commission spéciale tenue à l'automne 2003, les participants ont constaté la persistance des positions divergentes. La Commission spéciale qui s'est réunie en 2009, sur la base du document préliminaire du Bureau de la Conférence de La Haye du 10 décembre 2008, n'a pu que noter la persistance des divergences de points de vue (v. J.-P. BERAUDO, « Commission rogatoire : matière civile », *op. cit.*, n° 65). Certaines juridictions américaines, notamment celles du New Jersey et de New York, ont adopté le principe du recours prioritaire aux voies conventionnelles (*Husa v. Laboratoires Servier S.A.*, 740 A. 2nd 1092 (N.J. Super. App. Div. 1999) ; *Knight v. Ford Motor Co.*, 615 A. 2nd 297 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1992) ; v. également *Hudson v. Hermann Pfauter GmbH & Co.*, 117 F.R.D. 33 (N.D.N.Y. 1987).

[1220] CA Versailles, 9 avr. 1993, *Soc. Luxguard c. Soc. SN Sitraco et autres*, *Rev. crit. DIP* 1995. 80, note G. COUCHEZ ; *JCP G*, n° 21, 1995, II 22436., note P.-A. ROSENFELD.

La cour a mis l'accent sur le fait que la Convention de La Haye vise à faciliter la transmission et l'exécution des commissions rogatoires et à promouvoir des méthodes plus souples de recueil des preuves. Voulant préserver la souveraineté des États, tout en facilitant l'administration de la preuve, elle ne réglemente que les commissions rogatoires, loin d'appréhender l'administration de la preuve dans son ensemble.

734. Dans ces conditions, la commission rogatoire, analysée en une délégation de pouvoirs, suppose que l'acte d'administration de la preuve envisagé ne puisse être exécuté que par une autorité judiciaire seule habilitée à user de la contrainte étatique incarnant la souveraineté d'un État ; mais, *a contrario*, une mesure d'ordre probatoire peut être accomplie librement, dès lors qu'elle ne porte pas atteinte à la souveraineté de l'État. Ces éléments expliquent la rédaction ouverte de l'article 1er de la Convention, selon lequel en matière civile ou commerciale l'autorité judiciaire d'un État contractant « peut » conformément aux dispositions de sa législation demander par commission rogatoire, à l'autorité compétente d'un autre État contractant de faire tout acte d'instruction ainsi que d'autres actes judiciaires[1221].

En l'espèce, le juge français, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, avait commis un expert chargé d'exécuter une mesure d'instruction en Espagne. Concrètement, la mesure concernait des désordres consécutifs à des travaux effectués sur un immeuble situé à Madrid. Selon la cour d'appel, la mission confiée à l'expert traduisait l'objectif de constatation et d'investigation purement techniques, limitées à l'immeuble, aux fins de déterminer les causes de désordre sur ce dernier et les mesures provisoires, toujours d'ordre technique à mettre en œuvre pour faire cesser le risque allégué de dommage. Ainsi, l'expertise n'impliquait pas la délivrance d'une commission rogatoire internationale, puisqu'elle n'entrait pas dans les actes d'administration de la preuve, lesquels comportent l'emploi de la contrainte étatique et portent atteinte à la souveraineté de l'État étranger sur le territoire duquel ils sont exécutés.

[1221] Nous pouvons opérer un rapprochement entre cette solution et celle consacrée par la Cour suprême des États-Unis, le 15 juin 1987 dans l'affaire *Aérospatiale*. La Cour suprême, en s'appuyant sur le préambule de la Convention dans lequel il est affirmé que celle-ci répond au souhait *« de faciliter la transmission et l'exécution des commissions rogatoires »* et *« d'accroître l'efficacité de la coopération judiciaire mutuelle en matière civile ou commerciale »*, en a déduit que les procédures prévues par la Convention pour l'obtention de preuves à l'étranger ne peuvent pas se voir reconnaître un caractère exclusif (*Aérospatiale c/ United States District Court for the Southern District of Iowa*, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 559, note A. DYER ; P. BORCHERS, « The Incredible Shrinking Hague Evidence Convention » *Texas International Law Journal*, 2003, P. 87 ; H.BUXBAUM, « Assessing Sovereign Interest In Cross-Border Discovery Disputes : Lessons From Aérospatiale », *ibid*., p. 87 ; J. NAFZIGER, « Another Look At The Hague Evidence Convention After Aérospatiale », *ibid*., p. 103.).

La solution retenue dans cet arrêt invite à s'interroger sur la question de savoir s'il existe une réelle atteinte à la souveraineté étatique en cas d'exécution extraterritoriale des mesures d'instruction, comme l'expertise judiciairement ordonnée, qui ne supposent pas le recours à la contrainte. L'approche adoptée, consistant à rejeter le caractère impératif des modes d'obtention des preuves organisés par la Convention de La Haye, vise à contribuer à l'obtention simple, efficace et rapide des preuves dans un contexte transfrontalier. Elle ne remet pas en cause la souveraineté nationale, dans la mesure où aucune mesure coercitive n'est prise dans l'État du juge requis sans la participation ou le consentement de ce dernier[1222].

B. Les procédés coopératifs instaurés dans le domaine de l'accès au contenu de la loi étrangère

735. ***Le système d'entraide institué en matière d'accès au droit étranger : un mécanisme peu utilisé***. Par ailleurs, comme nous l'avons mentionné, l'objet classique de l'entraide judiciaire internationale, organisée par la voie conventionnelle, comprend aussi l'information sur le droit étranger. Il est intéressant de noter, à cet égard, que de nombreux accords bilatéraux instituent une coopération dans ce domaine, puisque la mise en œuvre des règles du droit international privé conduit souvent à l'application, par un tribunal national, du droit matériel étranger, ce qui peut entraîner des difficultés relatives à la connaissance exacte du contenu et de l'interprétation de la loi étrangère. Un tel système d'entraide est instauré par la Convention du Conseil de l'Europe dans le domaine de l'information sur le droit étranger signée à Londres le 7 juin 1968, qui vise à faciliter pour les juridictions nationales l'accès au droit d'un autre pays en matière civile et commerciale.

Plus précisément, la Convention prévoit la possibilité pour la juridiction saisie d'une question soumise à la loi étrangère d'interroger les autorités judiciaires du pays concerné à propos de l'état des solutions positives, à partir d'un exposé des faits litigieux. La réponse donnée tend uniquement à fournir des informations d'ordre objectif – textes ou décisions

[1222] V. *contra*, G. COUCHEZ, « De l'administration de la preuve au regard des conventions de Bruxelles du 27 sept. 1968 et de La Haye du 18 mars 1970 », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 80 ; N. MEYER-FABRE, *L'obtention des preuves à l'étranger*, *op. cit*., p. 214. L'auteure précise que s'il est nécessaire de procéder à une expertise ou à un autre acte d'instruction dans un État étranger, les parties peuvent saisir directement le juge local pour qu'il ordonne la mesure appropriée selon sa propre loi, alors même qu'il ne serait pas compétent sur le fond, à condition qu'il soit le juge du lieu où sont localisées les preuves. Ces dernières recueillies conformément au droit local ne se verront reconnaître devant le juge du fond étranger que la valeur que celui-ci voudra bien leur accorder en application de son propre droit. V. aussi CA Douai, 23 nov. 2000, *Gaz. Pal*. 5 mai 2001, p. 23, C34410, note M. OLIVIER.

pertinentes – sans faire application de celles-ci afin de résoudre directement la question de droit dont est saisi le tribunal requérant. Cependant, le mécanisme mis en place par cette Convention reste peu utilisé « *moins en raison de l'hésitation que les tribunaux peuvent éprouver devant le risque d'avoir à déléguer ainsi le pouvoir juridictionnel qu'à cause de la lourdeur du dispositif de transmission prévu et des lenteurs subséquentes que subit l'administration de la justice* »[1223].

736. ***La volonté d'améliorer le mécanisme coopératif***. C'est la raison pour laquelle la Conférence de La Haye étudie la possibilité d'élaborer un instrument mondial en matière d'accès au contenu du droit étranger, instaurant un mécanisme coopératif allégé, basé sur l'échange électronique de donnés, dans la mesure où la numérisation de l'information juridique et la mise en ligne des documents juridiques ont connu récemment un développement véritablement phénoménal, dans le monde entier.

En effet, une réunion d'experts a été organisée en 2008 sur le thème de la coopération mondiale relative à l'information juridique en ligne sur le droit interne et lors de cette réunion les experts ont formulé des « principes directeurs à envisager lors de l'élaboration d'un futur instrument » portant sur le libre accès aux documents juridiques sous forme électronique, la facilitation de la réédition et de la réutilisation, l'intégrité, l'identification de l'origine, la conservation, les références, les traductions, les systèmes experts, ainsi que l'aide et la coopération[1224].

737. ***L'élaboration d'un nouveau système conventionnel mondial***. À la suite de cette réunion, il a semblé utile de procéder à l'élaboration d'un nouveau système conventionnel mondial, qui comporterait trois axes principaux, à savoir faciliter l'accès à l'information juridique en ligne sur le droit étranger, établir un mécanisme de coopération administrative ou judiciaire transfrontière permettant d'apporter des réponses aux demandes d'information sur le

[1223] P. RABOURDIN et H. MUIR WATT, *Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère*, Rép. Dalloz, dr. int., avril 2017, n° 59. Les auteurs précisent que toute demande formée par un tribunal devant ensuite transiter par la Chancellerie, qui à son tour la transmet à l'autorité désignée par l'État contractant destinataire – la réponse emprunte le chemin inverse.

[1224] Doc. prél. n° 11 B de mars 2009 - L'accès au contenu du droit étranger. Rapport de la réunion d'experts sur la coopération internationale relative à l'information juridique en ligne sur le droit interne. Il est intéressant de remarquer que selon les experts, il est important de surmonter les obstacles d'ordre linguistique à l'accès mondial au droit étranger. Ils ont reconnu que la coopération sur ce point pourrait faciliter la traduction des informations juridiques, généralement sous forme de traduction non officielle ou de résumés, et l'élaboration de thésaurus multilingues permettant d'effectuer des recherches simultanées dans l'information juridique en plusieurs langues.

droit étranger, en particulier dans le contexte des contentieux, et mettre en place un réseau mondial d'institutions et d'experts pour les questions plus complexes[1225].

Concernant le premier axe, l'objectif est de garantir l'accès en ligne aux principaux documents juridiques d'un pays. *« La Conférence de La Haye pourrait devenir une plateforme très appréciable de coopération avec les instituts d'information juridique et les pouvoirs publics des États, qui faciliterait l'accès au droit étranger et coordonnerait les divers efforts en cours pour instaurer des normes applicables aux ressources juridiques en ligne »*[1226]. Cette initiative pourrait conduire à la création d'un « Portail de La Haye d'accès au droit étranger », qui serait utile non seulement aux juridictions, mais aussi aux professionnels du droit et au public en général, et qui orienterait les utilisateurs vers des fournisseurs d'information juridique agréés.

738. Quant au deuxième axe, le but est d'élaborer un nouveau mécanisme de coopération adapté aux moyens modernes de communication électronique et permettant d'obtenir des avis autorisés sur le droit étranger. Cette partie du futur instrument de La Haye organiserait le traitement des demandes d'information sur des questions concrètes relatives à l'application du droit étranger dans une matière spécifique qui se posent dans le cadre d'une instance et pour lesquelles l'information accessible en ligne n'est pas suffisante[1227]. Ce mécanisme devrait permettre aux autorités judiciaires d'adresser directement une demande d'information sur la loi étrangère à une autorité désignée dans un autre État partie.

Enfin, la Conférence de La Haye a constaté que le dispositif prévu par la Convention de Londres n'est pas adapté aux situations complexes, comme les procédures d'insolvabilité ou de succession, pouvant trouver des ramifications dans une multitude de pays. Pour ce type d'affaires, il peut être nécessaire d'avoir accès à des informations plus approfondies sur des questions juridiques complexes dans des matières spécifiques. Il serait ainsi utile de créer un réseau d'organes et d'institutions spécialisés ou d'experts reconnus, coordonné par le Bureau Permanent.

[1225] Doc. prél. n° 11A de mars 2009 - L'accès au contenu du droit étranger et le besoin de développer un instrument mondial dans ce domaine – orientations possibles.
[1226] V. Doc. prél. n° 11A de mars 2009, *op. cit.*, n° 4.
[1227] *Ibid.*, n° 10.

Nous verrons qu'au sein de l'espace juridique européen, il y a des mécanismes de coopération renforcée dans le domaine de l'accès à la loi étrangère en matière civile et commerciale.

§2 La coopération entre les juges étatiques en dehors de toute convention internationale

739. L'arrêt *Flash Airlines*[1228] constitue une illustration de la tendance à l'instaurant d'un dialogue judiciaire transfrontière, même s'il y a absence de toute coopération institutionnalisée (I). Il ressort de cette affaire que des nouvelles figures de l'action civile émergent sur la scène internationale, ce qui est aussi visible au niveau européen (II).

I. L'instauration d'un dialogue judiciaire transfrontière en l'absence de toute coopération institutionnalisée : l'affaire *Flash Airlines*

740. ***Le dialogue et la collaboration entre les juges étatiques en dehors de toute convention internationale***. Il n'est pas sans intérêt de noter que même dans des *« situations internationales extrasystémiques »*[1229], c'est-à-dire dans des situations où les juridictions concernées n'appartiennent à aucun système de compétence commun et il n'existe pas une coopération internationale institutionnalisée, il peut y avoir de dialogue et de collaboration entre les juges étatiques. L'affaire *Flash Airlines* a contribué à l'émergence de nouvelles formes de coordination des justices étatiques, témoignant du souci d'organiser une coopération judicaire internationale dans des litiges transnationaux, en dehors de toute convention internationale.

741. ***Les faits d'espèce et la décision du juge américain***. Dans cette affaire, à la suite d'un accident d'avion, une action en justice a été engagée aux États-Unis (Californie), en tant que lieu de construction de l'avion, pour obtenir des dommages-intérêts. Or, le juge américain, en se fondant sur la doctrine du *forum non conveniens*, a considéré qu'il n'était pas le for le plus approprié, ce que serait le juge français, car toutes les victimes étaient françaises et le lieu de destination la France. Ainsi que nous l'avons mentionné, selon P. Schosser, le mécanisme du *forum non conveniens* constitue une forme de coopération passive, dans la mesure où le tribunal

[1228] CA Paris 6 mars 2008, *Flash Airlines*, *JDI* 2009, p. 171, note G. CUNIBERTI ; *JCP* 2008, II, 10115, note C. BRUNEAU ; *D.* 2008, p. 1452, note P. COURBE et pan. P. 1516, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Gaz. Pal*. 21 févr. 2009, p. 48, note M.-L. NIBOYET.

[1229] F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, Economica, Paris 2016, p. 499 et s..

saisi décide de donner la priorité aux juridictions d'un autre État qui semblent plus appropriées pour connaître du litige[1230].

Plus précisément, dans la pratique des tribunaux américains, cette doctrine autorise le juge à ne pas exercer sa compétence lorsqu'un tribunal étranger constitue une alternative adéquate bien identifiée et qu'un examen des facteurs tant privés que publics milite en faveur de la compétence de la juridiction étrangère. Très souvent la décision de *forum non conveniens* prévoit des engagements, qui pèsent sur le défendeur, notamment de se soumettre à la compétence du tribunal étranger et de coopérer d'une manière spécifique avec celui-ci.

742. En l'espèce, le juge californien a estimé que la justice française était, effectivement, une alternative adéquate à la justice américaine et que le juge étranger était mieux placé pour trancher le litige, en prenant en compte les intérêts privés des parties ainsi que l'intérêt public. Concernant les intérêts privés, le tribunal américain a pris surtout en considération l'accessibilité des preuves et l'existence d'une procédure parallèle en France[1231].

Quant à l'intérêt public des États concernés, *« l'intérêt de l'État français à ce que ses ressortissants soient traités équitablement et justement indemnisés était bien supérieur à l'intérêt de l'État de Californie à contrôler la sécurité de produits certes construits aux États-*

[1230] P. SCHLOSSER, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, *op. cit.*, p. 56 et s..

[1231] Selon le juge californien, très peu de preuves se trouvait en Californie, la plupart était localisé en France et d'autres éléments de preuves y étaient importables grâce à une convention bilatérale avec l'Égypte (le juge a insisté sur la masse de documents que devraient produire les demandeurs dans le cadre de l'évaluation de leur préjudice – revenus, état de santé, espérance de vie – et qui se trouvait essentiellement en France, puisque les victimes étaient presque toutes françaises). Le juge a aussi souligné que dans une procédure américaine, il est nécessaire d'entendre oralement les victimes, mais le tribunal américain ne dispose pas du pouvoir de contraindre un témoin récalcitrant à témoigner si celui-ci se trouvait à l'étranger tandis que la France peut faire venir des témoins d'Égypte. Par ailleurs, il a relevé qu'une seule pièce de l'avion se trouvait sur le sol américain, que les éléments de preuve en possession du propriétaire de l'avion n'étaient constitués que de quelques centaines de pages, et que son détenteur s'engageait à les mettre à la disposition des demandeurs dans le cadre de la procédure française. Cette approche du juge américain n'est pas incontestable ; *« de nombreux éléments plaidaient pour un rejet de l'affaire hors des tribunaux californiens, mais pas hors des tribunaux américains. Quant à l'interprétation du poids des éléments de preuve de chaque côté de l'Atlantique, il est certainement discutable de réduire les éléments présents sur le sol américain au seul dossier de 600 à 700 pages du bailleur de l'avion et de considérer à rebours que les preuves quant aux dommages en France seraient difficiles, sinon impossibles, à obtenir en Californie s'agissant essentiellement de dossiers financiers et médicaux »*, F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, *op. cit.*, p. 502 ; v. aussi *JDI* n° 1, Janvier 2009, 3, note G. CUNIBERTI.

Unis, mais pas en Californie »[1232]. Par ailleurs, il y avait de faibles chances que le droit américain se trouve appliqué.

Dans ces circonstances, le juge américain a accepté de ne pas exercer sa compétence et il a subordonné sa décision à deux conditions, d'une part les défendeurs américains s'engageaient à se soumettre à la compétence du juge français, à renoncer à toute prescription acquise, à mettre à la disposition des demandeurs les éléments de preuve en leur possession, et à satisfaire toute condamnation prononcée par le tribunal français ; d'autre part, il faudrait qu'une décision effective du juge français reconnaissant sa compétence soit prise. Autrement dit, la juridiction américaine acceptait de revenir sur son dessaisissement en cas de déni de justice.

743. ***Une nouvelle forme d'action déclaratoire présentée devant le juge français***. Les victimes ont, par la suite, engagé une action en France en demandant au tribunal de se déclarer incompétent, ce qui constitue une action inédite, une nouvelle forme d'action déclaratoire, à savoir l'action déclaratoire en incompétence internationale. Les premiers juges ont déclaré la demande irrecevable pour défaut d'intérêt né et actuel, mais la cour d'appel s'est prononcée en sens contraire. Elle a accueilli la contestation de la compétence du juge français par voie d'action, renvoyant les parties devant le juge américain.

744. ***Le transfert du litige : invitation à un dialogue transfrontière dans un contexte de confiance mutuelle.*** L'affaire pose ainsi le problème procédural de l'existence d'une action déclaratoire en incompétence, puisqu'en droit processuel français, la condition de recevabilité des actions tenant à l'existence d'un intérêt à agir né et actuel est analysée comme excluant les actions déclaratoires. L'exception d'incompétence est nécessairement un moyen de défense, qui ne peut pas être soulevé par le demandeur, qui a engagé l'action[1233]. La cour d'appel a,

---

[1232] *JDI* n° 1, Janvier 2009, 3, note G. CUNIBERTI. Le juge américain a également pris en compte le taux de congestion des juridictions françaises, qui n'était pas meilleur que celui du tribunal californien ; il a, alors, conclu à la neutralité de ce facteur.

[1233] Le principe n'est pas absolu. La jurisprudence a parfois consacré des actions déclaratoires dans le contexte international, comme l'action déclaratoire d'inopposabilité d'un jugement étranger (Civ. 1re 22 janv. 1951, *Weiller*, *Rev. crit. DIP* 1951, p.167, note Ph. FRANCESCAKIS) ou l'action déclaratoire sur la loi applicable au régime matrimonial de couples internationaux (TGI Paris, 21 janv. 1970, *JDI* 1971, p. 566, obs. Ph. KAHN ; *Defrénois* 1972, 30020, obs. Ph. MALAURIE ; TGI Paris 12 juil. 1972, *JDI* 1972, p. 855, obs. Ph. KAHN ; *Rev. crit. DIP* 1972, p. 329, note H. GAUDEMET-TALLON ; TGI Paris, 25 mars 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 329, note H. GAUDEMET-TALLON ; TGI Paris 26 févr. 1986, *JDI* 1988, p. 420, note G. WIEDERKEHR). La Cour d'appel de Paris a aussi admis le principe d'une action déclaratoire en inopposabilité anticipée d'un jugement étranger, mais elle a rejeté ensuite la demande sur le fond (CA Paris, 28 avr. 2010, *Vivendi Universal SA*, *Gaz. Pal*. 28-29 mai 2010, p. 11, obs. M. AUDIT et M.-L. NIBOYET ; *D.* 2010, p. 1224, obs. X. DELPECH et p. 2323, obs. S. BOLLÉE ; *JCP* 2010,

toutefois, estimé que les demandeurs avaient intérêt à agir et à obtenir une décision française sur la compétence internationale en raison du contexte judiciaire particulier de l'espèce, dans la mesure où le juge américain a subordonné le refus d'exercer sa compétence à l'acceptation par une juridiction française de sa compétence.

Selon la cour, le juge américain *« a opéré matériellement un transfert du litige à la juridiction française »* et *« a invité le juge français à épuiser la question de sa compétence »*. Par conséquent, cette dernière *« s'inscrit dans un contexte de confiance mutuelle qui appelle à une coopération et une coordination des différents systèmes de droit »*. Il est important de souligner que grâce à cette nouvelle forme d'action déclaratoire, les juges français peuvent répondre aux juges américains, dans une sorte de dialogue transfrontière.

745. ***L'action en justice : vecteur d'une coopération internationale***. Une nouvelle mission est alors ajoutée à la fonction traditionnelle de l'action en justice, elle devient le *« vecteur d'une coopération judiciaire internationale »*[1234]. L'arrêt de la cour d'appel a finalement été frappé de cassation, mais pour des raisons de pure procédure, car la décision déclarant irrecevable l'action en incompétence a fait l'objet d'un appel immédiat, sans attendre la décision au fond – la voie de l'appel était fermée et le recours irrecevable[1235]. Ainsi, la position de la Cour de cassation sur la recevabilité d'une action déclaratoire en incompétence restait incertaine. Elle a fini par consacrer une telle action dans son arrêt *West Carribean*[1236].

---

chron. 1191 par E. JEULAND – dans cette affaire la cour d'appel a également accepté le principe d'une action en responsabilité pour abus de *forum shopping* mais elle a condamné son mal fondé).

[1234] M.-L. NIBOYET et Y.-M. SERINET, « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS Editions, 2013, p. 88.

[1235] Civ. 2e, 30 avr. 2009, n° 08-14.883, *JCP* 2009, comm. 162 par M. ATTAL. Les demandeurs avaient subsidiairement requis des juges de première instance qu'ils statuent sur le fond du litige en indemnisation de leurs préjudices tirés du crash aérien. Ils n'ont pas attendu la décision sur cette demande subsidiaire pour interjeter appel du jugement décidant de l'irrecevabilité de l'action en incompétence. Néanmoins, la Cour de cassation a décidé, un an plus tard, qu'une décision de compétence internationale d'une juridiction du fond peut donner lieu à un recours immédiatement recevable pour excès de pouvoir, quelle que soit la décision au fond (Civ. 1re, 7 mai 2010, n° 09-11177, *Bull*. n° 196 et n° 09-14324, *Bull*. n°107).

[1236] Civ. 1re, 7 déc. 2011, *West Caribbean Airways*, *JDI* 2012, p. 1384, note S. CLAVEL ; *D.* 2012, p. 254, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2012, p. 414, note 264 par L. D'AVOUT. Cependant, l'affaire *West Carribean* se présentait dans un contexte intrasystémique, c'est-à-dire dans le cadre particulier de l'interprétation d'une convention internationale. L'utilité d'une action en incompétence dans un tel contexte est discutable, puisque c'est l'interprétation d'une règle de compétence uniforme qui est en jeu – dans cette hypothèse F. Mailhé propose de reconnaître l'autorité de chose jugée de la décision étrangère sur la compétence (F. MAILHE, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, *op. cit.*, p. 505). Dans cette affaire, le juge français a conclu à l'incompatibilité du *forum non conveniens*, mis en œuvre par le juge américain, avec l'option de compétence prévue dans la Convention de Montréal sur le transport aérien au profit des victimes. Mais, à la différence de l'affaire *Flash Airlines*, la décision du juge américain n'était pas formellement conditionnée à l'incompétence du juge français. La compétence de ce dernier paraissait évidente aux yeux du juge américain, puisqu'elle était fondée sur la Convention de Montréal.

La décision rendue par la cour d'appel dans l'affaire *Flash Airlines* constitue une illustration de la tendance à l'instauration d'un dialogue entre juges en matière de compétence internationale. À l'origine du dialogue se trouvait le juge américain, dans la mesure où sa décision pouvait être considérée comme une invitation faite au juge français de se prononcer sur sa propre compétence – le caractère définitif du rejet du juge californien d'exercer sa compétence était subordonné à la condition expresse que le juge français reconnaisse sa compétence. *« Il y avait ainsi dans l'affaire Flash Airlines une forme de courtoisie dans la démarche, tant du juge américain qui offrait au juge français une priorité pour statuer que du juge français qui refusait poliment l'invitation »*[1237].

746. ***L'adaptation des conceptions du droit processuel français***. La réponse du juge français au renvoi juridictionnel opéré par son homologue américain constitue un exemple de l'adaptation des conceptions du droit processuel français face aux besoins de certaines situations internationales – la distinction entre fond et procédure n'est pas toujours adaptée à ces situations[1238]. En d'autres termes, il s'agit d'une réponse française à l'invitation américaine à un débat transnational sur la compétence internationale. *« Refusant de s'exclure du débat sur leur propre compétence, les juges parisiens ont adapté les règles procédurales françaises aux besoins de la globalisation des procédures internationales »*[1239]. L'objectif est d'assurer la coopération internationale par dialogue indirect alors que les juridictions impliquées

C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a donné à sa décision d'incompétence un caractère provisoire. Nous pouvons, d'un côté, saluer cette solution, qui permet de paralyser le jeu du *forum non conveniens* dans le cadre de l'application d'un instrument international et de faire émerger une interprétation majoritaire de la règle uniforme, dans la mesure où le juge britannique avait aussi décidé que le mécanisme de *forum non conveniens* était incompatible avec la Convention de Montréal (*Milor SRL & others v. BA* plc [1996] QB 702, v. *JDI* 2012, 241, note L. D'AVOUT ; *D*. 2012, p. 254, note Ph. DELEBEQUE ; *RTD Civ*. 2012 p. 367, note Ph. THÉRY). Toutefois, le caractère adéquat de la démarche suivie n'est pas incontestable, puisqu'elle conduit à imposer au juge étranger l'interprétation du texte retenue par le juge du for alors qu'il serait souhaitable, afin de garantir une interprétation uniforme, de mettre en place une juridiction supranationale à cet effet (v. *JDI* n° 4, octobre 2012, 23, note S. CLAVEL).

[1237] *JDI* n° 4, octobre 2012, 23, note S. CLAVEL.

[1238] V. aussi à propos du droit interne, L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 3e éd., Litec, 2020, p. 321 : *« le « fond » ce n'est pas seulement celui de la prétention substantielle, ce peut être aussi celui sur lequel porte une prétention procédurale, la prétention de la partie qui, préalablement à l'examen du fond substantiel et, en règle générale, pour éviter ou différer celui-ci, soulève une exception ou une fin de non-recevoir »*.

[1239] M.- L. NIBOYET, « Une nouvelle action déclaratoire : l'action aux fins de déclaration d'incompétence internationale (l'affaire *Flash Airlines*) », *Gaz. Pal*. 21 févr. 2009, p. 48.

n'appartiennent à aucun système de compétence commun et il y a absence de toute coordination institutionnelle[1240] – l'action en incompétence permet de faire le pont entre les deux juges[1241].

II. L'émergence des nouvelles figures de l'action civile

747. ***La décision du Tribunal de commerce de Paris du 31 janvier 2012***. Nous constatons, ainsi, que des nouvelles figures de l'action civile ont surgi dans le contexte international, afin de garantir la coordination des procédures, qui se déroulent dans des pays différents. Cela peut aussi se voir – comme l'ont remarqué M.- L. Niboyet et Y.- M. Serinet[1242] – dans une décision du Tribunal de commerce de Paris du 31 janvier 2012[1243]. Cette affaire concerne une condamnation prononcée par la Commission européenne contre douze compagnies aériennes, dont trois du groupe Air France, pour entente.

748. ***Les faits d'espèce et l'introduction devant le juge français d'une action en nullité de la société Equilib***. Une société de droit français constituée sous forme d'une SARL et ayant son siège à Paris, Equilib, a engagé une action en justice aux Pays-Bas à l'encontre de membres de l'entente, demandant que lui soient versés des dommages et intérêts correspondant au préjudice subi par chacune des victimes des pratiques anti-concurrentielles, lesquelles lui ont cédé leurs droits à agir, suivant un contrat régi par le droit néerlandais. Dans ce cadre, les sociétés du groupe Air France ont décidé d'introduire une action devant le juge français pour

[1240] F. MAILHE, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, *op. cit*., p. 509 et s. L'auteur fait le parallèle avec le droit interne, dans lequel lorsque le juge judiciaire renvoie au juge administratif, ce dernier est bien saisi par le demandeur, mais suite à la décision d'un autre juge avec lequel il n'a pas de voie procédurale de communication directe. Il démontre également qu'en intervenant dans le débat sur sa propre compétence, le juge français a l'occasion, au travers des réponses fondées sur ses propres règles de compétence, de faire connaître au juge américain la conception française de la compétence et *« d'influer un peu sur la mise en place d'une coopération transatlantique, afin d'y poser sa marque. (…) Un tel « dialogue » favoriserait une meilleure prévisibilité des solutions entre les différents systèmes juridiques impliqués, une meilleure organisation »*.

[1241] Sur le régime de cette action proposé par la doctrine et notamment la condition de recevabilité tenant à l'intérêt à agir, v. L. D'AVOUT, « Dialogue transatlantique autour d'une règle uniforme de compétence judiciaire », *JDI* 2012, 241 ; F. MAILHE, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, *op. cit*., p. 515 et s.. Selon les auteurs, il n'y aurait intérêt à agir en incompétence devant le juge français que si cela devait modifier concrètement la situation du demandeur à l'étranger. Ce serait le cas lorsqu'un droit subjectif du demandeur rend nécessaire l'appui du juge français par voie d'intervention déclaratoire, c'est-à-dire lorsque le règlement du litige est entravé à l'étranger et que l'intervention anticipée du juge français peut contribuer à la levée des blocages. Ainsi, il faut qu'une véritable décision ait été rendue à l'étranger, mais il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une décision de *forum non conveniens*, il pourrait aussi s'agir d'une décision de sursis à statuer ou une décision intermédiaire qui attende la réponse du juge français.

[1242] M.- L. NIBOYET et Y.- M. SERINET, « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », *op. cit*. p. 113.

[1243] Tribunal de commerce de Paris 31 janv. 2012, *RG* n° 2011-030421.

demander la nullité de la société Equilib en vertu du droit français, alors qu'elles ont réclamé devant la juridiction néerlandaise un sursis à statuer.

Selon les sociétés demanderesses, Equilib était une société fictive contraire à l'ordre public, ayant été constituée à des fins frauduleuses, son objet social et sa cause étaient illicites. Equilib s'est opposée en réfutant les allégations invoquées pour justifier la nullité de la société et en rappelant que la directive 2009/101[1244], qui traite de la nullité des sociétés, s'appliquait de plein droit, en France comme aux Pays-Bas, et limitait les causes de nullité au caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société. La société défenderesse a également soutenu que l'action était irrecevable faute d'un intérêt légitime à agir[1245].

749. ***L'irrecevabilité de l'action pour défaut d'intérêt légitime à agir***. Le Tribunal de commerce – après avoir souligné qu'il convenait d'examiner avec attention la question de la légitimé de l'intérêt des sociétés du groupe Air France à agir en nullité, compte tenu du caractère restrictif de la jurisprudence à cet égard[1246] – a conclu à l'irrecevabilité de l'action en nullité au motif que l'intérêt légitime à agir des sociétés n'était pas établi.

Celles-ci ont allégué que l'expression des droits de la défense suite à l'action engagée par Equilib aux Pays-Bas justifiait le caractère légitime de leur intérêt à agir mais selon le tribunal[1247], « *l'exercice du droit de la défense doit s'exercer devant la juridiction néerlandaise saisie, le juge de l'action étant le juge de l'exception (…), le groupe Air France ne démontre pas son intérêt légitime soit de faire trancher par les tribunaux français d'un litige dont la*

[1244] Directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers. La directive s'applique en droit français aux sociétés par actions et aux SARL.

[1245] La société défenderesse a aussi soulevé l'illicéité de l'action au motif qu'elle tendait, par une mise en commun de moyens, à conserver le profit des infractions commises mais ce moyen a été rejeté par le Tribunal de commerce : *« si cette action des demanderesses a bien pour objectif d'éliminer juridiquement Equilib [qui empêche ces sociétés de conserver le profit de leur infraction], ce système de défense ne constitue pas en soi une fraude d'autant plus que dans le cas d'espèce, les clients lésés des compagnies aériennes sont des chargeurs importants qui peuvent parfaitement, si elles le souhaitent, engager une action en réparation des dommages subies ».*

[1246] Le Tribunal de commerce a précisé qu'en droit des sociétés la jurisprudence limite fortement la notion d'intérêt à agir (CA Grenoble, 30 juin 2009, n° 08/00567).

[1247] Les sociétés demanderesses, afin de justifier d'un intérêt à agir, se sont aussi appuyées sur le fait que le démarchage actif, auquel s'est livré Equilib envers leurs clients, et le dénigrement à leur égard qui en est résulté, leur ont créé un préjudice. Le Tribunal de commerce a, toutefois, estimé qu'en la matière l'intérêt du groupe Air France était bien la défense d'un intérêt économique, qui est seul conforme à l'objet d'une société commerciale, et qu'une action en nullité de société ne saurait s'appuyer sur le seul aspect économique (CA Paris 5 juillet 1954, *D.* 1954, p. 706).

juridiction compétente des Pays-Bas a été saisie, d'autant plus que la directive CE 2009/101 qui traite de la nullité des sociétés s'applique aux Pays-Bas comme en France ».

750. ***La possibilité d'utiliser d'autres techniques afin de garantir la coordination des procédures.*** Cette motivation appelle quelques remarques. D'une part, ainsi que l'ont relevé M.- L. Niboyet et Y.- M. Serinet[1248], il n'était pas nécessaire d'apprécier la question posée sur le terrain de la légitimité de l'intérêt à agir. Il serait aussi possible d'utiliser d'autres techniques traditionnelles aptes à assurer la coordination internationale des procédures et à rassembler le contentieux, notamment l'exception de connexité, voire de litispendance, puisque le Tribunal de commerce laisse entendre que la juridiction néerlandaise était saisie du même litige. *« Sous l'angle négatif des fins de non-recevoir, on voit bien à nouveau que le traitement de l'action en justice est utilisé comme un vecteur de coopération transnationale »*[1249].

751. ***L'absence de mention de la compétence exclusive en matière de validité des sociétés.*** D'autre part, il est intéressant d'observer que le juge français ne mentionne pas la compétence exclusive prévue en droit européen en matière de validité des sociétés, alors qu'il est saisi d'une action en nullité d'une société française. Au contraire, il estime que l'action est irrecevable pour défaut d'intérêt légitime à agir et que la question de la nullité de la société peut être posée à titre incident devant le tribunal néerlandais déjà saisi, qui va appliquer la directive 2009/101.

Comme nous l'avons dit à propos de la portée des compétences exclusives au sein de l'espace judiciaire européen, il est préférable de laisser le juge compétent au fond statuer sur une question invoquée à titre incident et relevant d'une matière tombant sous l'empire de la compétence exclusive d'un autre juge, tout en préservant la bonne application de la loi étrangère, afin d'assurer la reconnaissance et l'exécution du jugement étranger[1250]. La directive 2009/101, applicable en l'espèce, harmonise dans une certaine mesure les lois nationales en énumérant de façon limitative les cas de nullité des sociétés[1251].

[1248] M.- L. NIBOYET et Y.- M. SERINET, « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », *op. cit*. p. 114.
[1249] *Ibid*. Les auteurs soulignent pourtant que cette démarche conduit à une déformation des notions de compétence et d'action alors que des instruments sont disponibles, comme l'exception de connexité en l'espèce, pour assurer la coordination internationale et auxquels il serait préférable de recourir.
[1250] V. *supra*, n° 342 et s..
[1251] V. article 12 de la directive 2009/101.

752. En dehors de ces mécanismes de coopération horizontale mis en œuvre dans l'espace judiciaire internationale, il convient d'observer que le législateur européen a tenté d'améliorer les techniques de la coopération transfrontière entre les États membres. Nous constatons, au niveau européen, une *« judiciarisation de la coopération en mettant en place des mécanismes d'interaction directe entre les autorités judiciaires des États membres »*[1252].

Section II : Les mécanismes de coopération horizontale dans l'espace judiciaire européen

753. Les mécanismes de coopération prévus en matière civile et commerciale entre les juridictions des États membres de l'Union européenne rompent avec la conception traditionnelle de la coopération judiciaire internationale. En effet, contrairement au modèle de la coopération administrative intermédiée suivi par le système des Conventions de La Haye, les instruments européens ont adopté le modèle de la coopération directe (§1), qui constitue *« la forme la plus récente de dialogue et d'action concertée des organes judiciaires et parajudiciaires nationaux »*[1253].

Le domaine de la coopération judiciaire, sur le plan européen, ne se limite pas à la matière civile et commerciale. La portée matérielle de la coopération s'est étendue à d'autres branches du droit international privé (§2). Des procédés coopératifs sont même mis en place dans des matières de droit public (§3).

§1 L'adoption du modèle de la coopération directe

754. L'intégration des technologies numériques aux dispositifs d'entraide a permis de renforcer la coopération et de simplifier la communication entre les États membres (I). L'évolution de la coopération au niveau européen est, par ailleurs, remarquable en cours d'instance et plus précisément, dans le domaine de recherche des preuves ainsi qu'en matière d'accès au contenu du droit étranger (II). Il faut, enfin, observer que l'institution de différents réseaux de coopération au sein de l'Union européenne a contribué à la mise en place d'une coopération judiciaire efficace (III).

[1252] K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 239.
[1253] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, p. 122, n° 6.

I. L'intégration des technologiques numériques aux méthodes de coopération

755. ***La mise en place d'une coopération d'ordre procédural entre États membres***. Lors du sommet de Tampere sur l'Espace judiciaire européen en 1999, a été fixé comme objectif la création d'un droit procédural européen fonctionnel pour les litiges transnationaux et dans ce cadre ont été adoptés des règlements dans le domaine de la coopération judiciaire, et plus précisément sur la notification des actes judiciaires – règlement n° 1393/2007[1254] remplacé par le règlement n° 2020/1784[1255] – et sur l'obtention des preuves – règlement n° 1206/2001[1256] remplacé par le règlement n° 2020/1783[1257]. Ces textes, s'inspirant des Conventions de La Haye, ont essayé d'améliorer les voies de transmission et de simplifier la procédure. Ils mettent en place une coopération d'ordre procédural entre États membres, en fluidifiant les échanges entre les autorités nationales et en participant à une véritable construction de l'espace judiciaire européen.

B. Hess explique que ces actes du droit dérivé ont rompu avec la conception traditionnelle de la coopération judiciaire interétatique, qui dominait en Europe et reposait sur la notion de droit international public de souveraineté territoriale. « *La mise en œuvre de procédures civiles étant perçue comme l'exercice de la souveraineté étatique, le pouvoir juridictionnel [était] strictement limité territorialement* »[1258]. Mais, dans l'espace judiciaire européen, les réticences nationales liées à la souveraineté sont dépassées, dans la mesure où les États membres s'obligent à une coopération judiciaire réciproque.

[1254] Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (« signification ou notification des actes »), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil, JOUE 10 déc. 2007, L 324/79.

[1255] Règlement (UE) n° 2020/1784 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes) (refonte), JOUE 2 déc. 2020, L 405/40. Le règlement sera applicable à partir du 1er juillet 2022.

[1256] Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, JOUE, 27 juin 2001, L 174/1.

[1257] Règlement (UE) 2020/1783 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (obtention des preuves) (refonte), JOUE 2 déc. 2020, L 405/1. Le règlement sera applicable à partir du 1er juillet 2022.

[1258] B. HESS, « Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 215.

756. ***Un véritable changement conceptuel : le modèle de la coopération directe***. Dans ces conditions, les règlements européens traitant de l'entraide judiciaire permettent à des juridictions étrangères d'accomplir des actes étroitement liés à la souveraineté sur le territoire d'autres États membres. Il y a, alors, un *« véritable changement conceptuel : le système européen de la coopération judiciaire se définit non plus sous l'angle de la coopération interétatique, mais à partir des intérêts et des besoins des justiciables »*[1259]. En d'autres termes, l'objectif est d'assurer l'efficacité de la procédure par le biais d'une démarche d'entraide rapide et de garantir la protection processuelle individuelle des parties privées.

757. Concrètement, il convient de remarquer que le règlement sur la notification des actes intra-européens permet, à côté du mécanisme de transmission principal fondé sur l'échange entre entités d'origine et entités requises, la notification transfrontière directe[1260] et la notification par voie postale – par lettre recommandée avec accusé de réception ou envoi équivalent[1261]. Par ailleurs, il n'est pas sans intérêt de noter que le règlement prévoit aussi la désignation dans chaque État membre d'une entité centrale dont la mission est de veiller au bon fonctionnement du texte[1262].

À la différence de la Convention de La Haye, qui fait de l'autorité centrale de l'État requis un passage obligatoire pour l'acte en provenance de l'étranger, le règlement européen en a fait un organe de surveillance de la coopération entre les autorités nationales. Il s'agit d'une différence profonde[1263], qui témoigne de la volonté du législateur européen de simplifier la procédure en assurant la transmission des actes directement et par des moyens rapides entre des entités locales désignées par les États membres[1264]. Le modèle préférable d'entraide judiciaire

---

[1259] *Ibid*.

[1260] V. le nouvel article 20 du règlement n° 2020/1784 qui reprend l'article 15 du règlement n° 1393/2007. La notification directe est réservée aux personnes intéressées à la procédure judiciaire, à condition qu'une telle notification directe soit autorisée par le droit de l'État membre requis. L'alinéa 2 de l'article 20 impose aux États membres, qui autorisent la notification directe, d'informer la Commission des personnes habilitées à procéder à cette notification directe sur leur territoire.

[1261] V. l'article 18 du règlement n° 2020/1784, qui est substantiellement identique à l'article 14 du règlement n° 1393/2007. Le destinataire peut refuser d'accepter l'acte s'il n'a pas été traduit dans une langue comprise du destinataire ou dans la langue officielle de l'État membre requis (v. article 12 du règlement n° 2020/1784).

[1262] La mission de l'entité centrale consiste à fournir des informations aux entités d'origine, à rechercher des solutions aux difficultés qui peuvent se présenter à l'occasion de la transmission des actes aux fins de signification ou de notification (v. article 4 du règlement n° 2020/1784).

[1263] V. G. MECARELLI, « La signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires en Europe, dix ans après », in M. Douchy-Oudot et E. Guinchard (dir.), *La justice civile européenne en marche*, Dalloz, 2012, p. 99 et s..

[1264] Les entités d'origine et les entités requises sont chargées respectivement de transmettre et de recevoir les actes à notifier au moyen des formulaires standardisés multilingues.

au niveau européen est celui de la coopération directe entre les autorités judiciaires ou extrajudiciaires nationales.

La transmission électronique des actes juridiques. Il est, aussi, important de noter que le nouveau règlement vise à moderniser la coopération judiciaire en exploitant au mieux le potentiel des évolutions technologiques. En effet, la refonte du règlement sur la notification des actes judiciaires s'inscrit dans la stratégie pour un marché unique numérique[1265], en imposant la transmission électronique des actes juridiques entre entités d'origine et entités requises, laquelle s'appuie sur une solution informatique décentralisée telle que le système e-CODEX – acronyme de *e-Justice Communication via On-line Data Exchange* (article 5 du règlement n° 2020/1784)[1266]. Si la transmission électronique s'avère impossible, en raison d'une perturbation du système informatique décentralisé ou en raison de circonstances exceptionnelles, elle est effectuée par des moyens alternatifs, notamment par voie diplomatique ou consulaire[1267].

La refonte introduit également à l'article 19 une nouvelle méthode de notification permettant la notification électronique de l'acte directement à son destinataire dans deux hypothèses. La

[1265] V. la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM(2015) 192 final.

[1266] V. sur ce point V. RICHARD, « La refonte du règlement sur la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires », *Rev. crit. DIP*, 2021, p. 349. L'auteur explique que *« les États membres doivent organiser et financer leurs propres points d'accès nationaux au système e-CODEX et celui-ci agit comme une passerelle entre les différents logiciels nationaux afin de permettre la communication de l'ensemble des entités compétentes des États membres. La Commission doit cependant développer un logiciel de mise en œuvre de référence que les États membres peuvent choisir d'utiliser en lieu et place de leur système informatique national. (…) Une fois l'ensemble des mesures techniques adoptées, les entités d'origine devront utiliser leur solution informatique nationale habituelle ou bien le logiciel fourni par la Commission pour envoyer les documents devant faire l'objet d'une notification aux entités requises via le système e-CODEX »*. Le système e-CODEX a été déjà utilisé pour connecter les registres de commerce et des sociétés des États membres ainsi que dans plusieurs projets pilotes (v. M. VELICOGNA, « E-Justice in Europe : From National Experiences to EU Cross-Border Service Provision » in L. Alcaide Muñoz et M. P. Rodríguez Bolívar (dir.), *International E-Government Development – Policy, Implementation and Best Practice*, Palgrave Macmillan, 2018, p. 39). La Commission a publié une étude d'impact et une proposition de règlement sur le système e-CODEX le 2 décembre 2020 visant à établir une base légale stable pour e-CODEX et à confier la responsabilité du projet à l'agence eu-LISA (agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice). Par ailleurs, la communication par voie électronique soulève des problèmes relatifs au droit à la protection des données personnelles des individus mentionnés dans les actes transmis. Selon l'article 31 du règlement n° 2020/1784, en raison du caractère décentralisé du système e-CODEX, les autorités responsables de la transmission des documents sont considérées comme responsables du traitement des données au sens du règlement général sur la protection des données (règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, JOUE 4 mai 2016, L 119/1).

[1267] V. articles 5 §4 et 16 du règlement n° 2020/1784. Selon le considérant 15 du texte, l'impossibilité de recourir à une transmission électronique se manifeste au cas où les documents à transmettre sont trop volumineux ou lorsque l'acte original doit être fourni sur support papier pour en évaluer l'authenticité.

première implique que les actes soient envoyés et reçus à l'aide des services d'envois recommandés électroniques qualifiés, au sens du règlement n° 910/2014 sur l'identification électronique, et que le destinataire ait préalablement donné son consentement exprès à l'utilisation de ce moyen de notification pour les procédures judiciaires. La deuxième possibilité offerte par l'article 19 permet d'avoir recours à la notification électronique en cas d'accord ponctuel du destinataire de l'acte. Ce dernier informe la juridiction saisie de l'instance qu'il consent à la notification électronique dans le cadre du litige et les notifications seront de simples courriels donnant lieu à un accusé de réception électronique comportant la date de réception.

758. ***L'avènement des technologies numériques : des mécanismes de coopération plus sophistiqués***. La coopération en matière de circulation des actes judiciaires au sein de l'Union européenne ne se résume pas au règlement n° 1393/2007 – d'autres règlements instituant des procédures européennes uniformes prévoient des dispositions spéciales relatives au droit des notifications[1268]. Force est de constater que l'avènement des technologies numériques, intégrées aux méthodes de coopération, a contribué à la dématérialisation de l'espace judiciaire européen. Les règlements européens portant sur l'entraide judiciaire apparaissent *« plus sophistiqués que les Conventions de La Haye qui les ont inspirés »*[1269], dans la mesure où avec l'aide des nouvelles technologies, ils *« constituent les outils de coopération de dernière génération, qui reprennent et amplifient les tendances et techniques du droit conventionnel »*[1270].

Le règlement n° 805/2004 sur le titre exécutoire européen et l'ancien règlement n° 1896/2006 sur la procédure européenne d'injonction de payer avaient déjà prévu la possibilité de signification ou notification par des moyens électroniques (article 13 §1 d) et article 14 §1 f)). Le nouveau règlement n° 2015/2421, modifiant le règlement d'injonction de

[1268] Il s'agit du règlement n° 805/2004 portant création d'un titre exécutoire européen (TEE) pour les créances incontestées, qui comporte une liste de techniques de signification ou notification au destinataire, reprenant les méthodes connues dans les droits internes procéduraux des États membres (articles 13 et 14 du règlement). Cependant, son articulation avec le règlement n° 1393/2007 n'est pas clairement consacrée (v. F. CORNETTE, « La notification des actes à l'étranger : l'état du droit communautaire », *Gaz. Pal*. 21 févr. 2009, p. 11). En outre, l'ancien règlement n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer et le règlement n° 861/2007 instaurant une procédure européenne de règlement des petits litiges contiennent aussi des règles de signification ou notification propres à leur domaine d'application. Le règlement n° 1896/2006 prévoyait la signification ou notification au défendeur de l'injonction de payer conformément à la loi nationale de l'État requis selon les modes énumérés dans les articles 13 et 14 du texte. V. aussi article 28 du règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale.

[1269] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit*., p. 127.

[1270] *Ibid.*

payer et celui des petits litiges, a renfoncé ce dispositif dans le cadre de la procédure européenne de règlement des petits litiges[1271].

L'introduction de la communication électronique en matière de notification des actes conduit à la dématérialisation des échanges au sein de l'Union européenne et permet de *« transcender les particularismes judiciaires nationaux »*[1272], puisqu'elle constitue une sorte d'harmonisation des règles nationales de transmission des actes, car *« le langage électronique est commun aux États membres »*[1273].

759. ***La simplification de la communication avec les autorités judiciaires via les moyens électroniques***. Il est aussi important d'observer que l'informatique est utilisée dans le cadre d'autres procédures européennes, comme en matière de procédure européenne d'injonction de payer, où le législateur européen a instauré un système de formulaires types pour toute communication entre la juridiction et les parties visant à faciliter le déroulement de l'instance[1274]. Le Conseil européen a également adopté un plan d'action pluriannuel relatif à l'e-Justice européenne, qui prévoit la possibilité de saisine des juridictions des États membres par voie électronique en matière d'injonction de payer européenne[1275]. De façon générale, le Conseil européen préconise l'utilisation des formulaires interactifs mis à disposition sur le portail européen e-Justice et incite les États membres à créer les conditions nécessaires permettant aux parties de communiquer avec les tribunaux par des moyens électroniques dans le cadre d'une procédure judiciaire[1276].

[1271] V. considérants 8-10 du règlement (UE) n° 2015/2421 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le règlement (CE) n° 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer. L'article 13 du règlement n° 2015/2421 pose les deux conditions cumulatives auxquelles est subordonnée la transmission des actes par des moyens électroniques de communication : ces derniers doivent être techniquement disponibles et admissibles conformément aux règles de procédure de l'État membre dans lequel la procédure européenne de règlement des petits litiges est mise en œuvre et il faut que la partie destinataire de l'acte ait préalablement accepté de manière expresse que les actes puissent lui être signifiés ou notifiés par des moyens électroniques.

[1272] Th. GHERA, « La dématérialisation des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne, vecteur de transcendance des particularismes nationaux », *Rev. huissiers*, 2021, p. 279, n° 13.

[1273] *Ibid.* Par ailleurs, comme le dit K. Mehtiyeva, la possibilité d'une communication dématérialisée entre les professionnels du monde judiciaire a fait l'objet de réflexions à l'échelle européenne (www.cehj.eu/activites/projets/e-justice). Cette réflexion a fait naître le projet « E-justice signification » (EJS) visant à élaborer un mode de transmission des actes par voie électronique en Europe dans les instances avec un élément d'extranéité européen (v. K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 245).

[1274] V. M. SALORD, « Procédure européenne d'injonction de payer », *Rép. pr. civ.*, Dalloz, sept. 2010 (actualisation : septembre 2017).

[1275] *JOUE* C 75/1 du 31 mars 2009.

[1276] V. le projet e-Codex qui a pour but de promouvoir le passage au numérique des procédures judiciaires transfrontières et de faciliter la communication entre les autorités judiciaires des États membres (v. Proposition de

Par ailleurs, en matière d'insolvabilité, le règlement n° 2015/848 prévoit dans son article 25 que la Commission met en place un système décentralisé permettant l'interconnexion des registres d'insolvabilité *via* le portail européen e-Justice, afin de garantir l'accès à l'information intra-européenne en la matière. Ce mécanisme a pour but d'assurer une meilleure compréhension des législations nationales, dans la mesure où les États membres doivent fournir une brève description de leur droit national et de leurs procédures dans le domaine de l'insolvabilité, dans le cadre du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale[1277]. Il est, alors, clair que la coopération judiciaire européenne en matière civile et commerciale est entrée dans l'ère numérique. Les moyens électroniques contribuent au renforcement de la coopération permettant de simplifier la communication entre les autorités judiciaires des États membres ainsi que de faciliter l'accès des justiciables au juge[1278].

II. L'évolution remarquable de la coopération dans le domaine de recherche des preuves et en matière d'accès au contenu du droit étranger

760. Nous allons constater que les modes d'obtention des preuves prévus par les textes européens constituent une réelle avancée pour la coopération judiciaire civile (A). Dans ce contexte, il n'est pas sans intérêt d'étudier les mécanismes mis en place afin d'améliorer l'accès au contenu des législations nationales (B).

A. Les modes d'obtention des preuves : une réelle avancée pour la coopération judiciaire civile

761. ***Un dispositif renforcé de coopération judiciaire en matière de recherche des preuves fondé sur la communication directe entre les juridictions***. Le règlement n° 1206/2001 met en place un dispositif renforcé de coopération judiciaire en matière d'obtention des preuves[1279],

règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un système de communication informatisé pour les procédures civiles et pénales transfrontières (système e-CODEX), et modifiant le règlement (UE) 2018/1726).

[1277] V. article 86 du règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

[1278] Sur la conciliation entre la transformation numérique de la coopération et le respect des droits de l'homme, v. K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire, op. cit.*, p. 246 et règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur.

[1279] Le règlement utilise le terme « acte d'instruction » à la place du terme « mesure d'instruction », mais doit être entendu largement, comme « un instrument procédural qui permet la mise en œuvre de certains modes de preuve » (L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire, privé*, LexisNexis, 11e éd., 2020, n° 566). La demande de coopération doit viser à obtenir des éléments de preuve destinés à être utilisés dans une procédure judiciaire qui est engagée

fondé sur la confiance mutuelle. Son objectif est d'améliorer, de simplifier et d'accélérer la coopération entre les juridictions des États membres dans ce domaine.

Comme le dit L. d'Avout, *« l'obtention d'éléments de preuve à l'étranger peut donner lieu à une internationalisation de l'instance étatique, par voie de délocalisation du procès et de travail commun des autorités des divers pays concernés »*[1280]. L'instrument européen prévoit deux formes alternatives d'obtention des preuves à l'étranger, qui permettent de vérifier cette *« fusion embryonnaire des procédures nationales »*[1281]. Le premier mode d'obtention des preuves repose sur la coopération directe, permettant à une juridiction d'un État membre, qui sollicite l'acte d'instruction, de transmettre directement à la juridiction requise sa demande[1282].

La principale nouveauté de ce mécanisme réside dans la communication directe entre les juridictions. La transmission directe signifie que sont supprimés les intermédiaires traditionnels antérieurs, c'est-à-dire les voies diplomatiques et les autorités centrales, prévus dans le cadre de la Convention de La Haye de 1970. La communication entre les juges se fait par le biais des formulaires multilingues standardisés[1283]. Le règlement crée aussi un organisme central chargé de contrôler la bonne application du texte. Concernant ce premier mécanisme d'obtention des preuves, il convient d'ajouter que *« l'action commune entre les deux juridictions est cruciale »*[1284] et la coopération entre les juges doit être un véritable échange, car si la juridiction requise exécute la mesure d'instruction selon sa loi nationale, le traitement des modes de preuve appartient à la juridiction requérante.

762. ***La possibilité de demander un acte d'instruction selon une forme spéciale***. Le règlement ne vise pas à harmoniser les législations des États membres en la matière. Cependant,

---

ou envisagée. Ainsi, les mesures d'instruction *in futurum* peuvent être considérées comme des actes d'instruction, et non pas comme des mesures conservatoires qui ne relèvent pas du champ d'application du règlement. Les mesures d'instruction sont aussi destinées à un juge, ce qui exclut du domaine d'application du texte les procédures, comme *le pre-trial discovery* ou la *disclosure*, qui obligent les parties à divulguer les unes aux autres les éléments de preuve utiles pour la résolution du litige.

[1280] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, p. 132.

[1281] *Ibid.*

[1282] V. articles 2 et 10 du règlement n° 1206/2001 devenus articles 3 et 12 du règlement n° 2020/1783.

[1283] Chaque État membre établit une liste des juridictions compétentes pour procéder à des actes d'instruction conformément au règlement. Les informations pertinentes sur ces juridictions – adresse postale, coordonnées téléphoniques, courriels – sont regroupées dans un manuel, consultable sur le site internet de l'Atlas judiciaire européen en matière civile (http://ec.europa.eu/justice home/judicialatlascivil/html/index fr.htm). *Via* ce manuel, sont aussi communiquées les entités d'origine et les entités requises désignées par les États membres en matière de transmission des actes en Europe sur le fondement du règlement n° 1393/2007.

[1284] K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 254.

s'inspirant de la Convention de La Haye de 1970, il donne à la juridiction requérante la possibilité de demander que l'acte d'instruction soit accompli selon une forme spéciale prévue par le droit de l'État dont elle relève, à condition que la forme spéciale soit compatible avec le droit de l'ordre requis (article 10 §3 et §4 du règlement n° 1206/2001 devenu article 12 §3 et §4 du règlement n° 2020/1783). Cette opération permet l'exécution par le juge requis de la mesure demandée en appliquant la loi du juge requérant, ce qui facilite le déroulement de l'instance devant le juge requérant, dans la mesure où *« l'insertion du résultat de l'instance de coopération [dans l'instance principale] se déroulera plus facilement s'il a été obtenu conformément à la loi du juge requérant »*[1285]. Il s'agit finalement d'un prolongement, d'une excroissance de l'instance dans un autre État membre.

763. ***Le recours aux nouvelles technologies de communication***. Par ailleurs, le texte accepte des modes de transmission des demandes nouveaux, incluant les techniques modernes de communication, tels que le fax ou le courrier électronique, et permet à la juridiction requérante de demander l'emploi des nouvelles technologies, notamment la vidéoconférence, ce qui constitue une avancée par rapport à la Convention de La Haye de 1970. Il prévoit, aussi, pour la mise en œuvre de l'instruction déléguée au juge requis, la possibilité de participation des parties ou des représentants du juge d'origine à l'instance de coopération (articles 11 et 12 du règlement n° 1206/2001 devenus articles 13 et 14 du règlement n° 2020/1783).

764. ***L'exécution directe de l'acte d'instruction : l'innovation majeure***. Le second mode d'obtention des preuves mis en place par le règlement permet à la juridiction requérante de procéder elle-même, sous certaines conditions, à l'exécution directe de l'acte d'instruction sur le territoire d'un autre État membre (article 17 du règlement n° 1206/2001 devenu article 19 du règlement n° 2020/1783). Ce mécanisme constitue l'innovation majeure du texte, une véritable *« révolution »*[1286] dans le domaine de la coopération judiciaire civile, puisqu'il permet un agissement de l'organe du for sur le sol étranger en assurant l'immédiateté de l'obtention des preuves et permet ainsi de procéder à l'administration des preuves selon une procédure uniforme[1287].

[1285] *Ibid.*, p. 253.
[1286] D. LEBEAU et M.- L. NIBOYET, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le Règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal*. rec. 2003, p. 221.
[1287] V. B. HESS, « Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe », *op. cit*..

La demande est adressée soit à l'organisme central soit à l'autorité compétente de l'État requis *via* un échange de formulaires. Le recours aux technologies de communication, comme la vidéoconférence, est encouragé. Cette procédure rompt avec le principe traditionnel de la *« territorialité des mesures d'instruction »* et son élaboration marque la volonté d'effacer les frontières[1288] et peut être considérée comme un *« véritable abandon de souveraineté au profit de la fluidité des procédures au sein de l'espace judiciaire européen »*[1289].

765. ***Une forme d'association des justices nationales et un immense progrès vers une coopération poussée.*** Néanmoins, l'exécution directe ne peut avoir lieu que sur une base volontaire, sans recourir à des mesures coercitives. La remise en cause du principe de la territorialité des mesures d'instruction ne s'accompagne alors pas de l'abandon de *« la compétence exclusive de chaque État pour l'exercice des mesures de contrainte sur son territoire »*[1290] fondée sur le principe du monopole territorial de la contrainte matérielle. En outre, le juge requérant doit solliciter à titre préalable l'autorisation de l'organisme central de l'État sur le territoire duquel les preuves doivent être rassemblées.

L'État requis peut subordonner l'exécution directe, à certaines conditions, et a la possibilité de charger un magistrat local de participer à l'exécution de l'acte d'instruction afin de surveiller le bon déroulement de la procédure[1291]. Ce procédé réalise *« une forme d'association des justices nationales, puisque l'accomplissement de la mesure extraterritoriale, par les autorités du for requérant et selon ses lois, suppose l'accord préalable des autorités du pays requis »*[1292]. Il s'agit d'une *« coopération-conjugaison des instances nationales »*[1293].

[1288] F. PAULINO PEREIRA, « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 1 et s.

[1289] M.- L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 7e éd., 2020, spéc. n° 599.

[1290] D. LEBEAU et M.- L. NIBOYET, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le Règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *op. cit.*. La nécessité d'une collaboration volontaire du témoin a été critiquée en doctrine. Selon B. Hess, certains règlements – tel que le Règlement Bruxelles I *bis* – imposent à tous les justiciables la charge de présenter une défense devant tous les tribunaux compétents et que vue sous cet angle, l'obligation pesant sur tous les justiciables de l'espace judiciaire européen de rédiger un acte ou une attestation probatoire paraît s'inscrire dans une certaine logique (v. B. HESS, « Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontières en Europe », *op. cit.*).

[1291] Les cas de refus de l'exécution directe sont énumérés de façon restrictive à l'article 17 §5 du règlement n° 1206/2001 devenu article 19 §7 du règlement n° 2020/1783. Selon l'article 19 §7 : *« […] l'exécution directe de la mesure d'instruction [ne peut être refusée] que si : a) la demande ne relève pas du champ d'application du présent règlement, ou b) la demande ne contient pas toutes les informations nécessaires en vertu de l'article 5, ou c) l'exécution directe demandée est contraire aux principes fondamentaux du droit de l'État membre dont [l'organisme central] relève »*.

[1292] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, p. 133.

[1293] *Ibid.*

De façon générale, les nouveaux modes d'obtention des preuves prévus par le règlement constituent une réelle avancée pour la coopération judiciaire civile. C'est un *« immense progrès vers une coopération judiciaire de plus en plus poussée entre les États membres : en effet, c'est faire fi des frontières et du droit national que de permettre la réalisation d'une mesure d'instruction sur le territoire d'un État membre différent »*[1294]. Dans ces conditions, il faut souligner que l'État requis ne peut pas refuser l'exécution de la mesure d'instruction pour les motifs d'atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État de la juridiction d'exécution. Les motifs de refus sont limitativement énumérés à l'article 16 du règlement n° 2020/1783 (ancien article 14 du règlement n° 1206/2001) interprété de manière stricte. Ce dernier exclut tout refus d'exécuter, au seul motif que la juridiction requise oppose, en vertu de son droit national, sa compétence exclusive pour connaître de l'affaire.

L'adaptation de l'instrument européen à l'outil numérique. Il faut également souligner que le principal objectif de la refonte du règlement sur l'obtention des preuves a été d'accélérer l'exécution des mesures d'instruction en exploitant au mieux les outils numériques. Dans ce cadre, le nouveau règlement impose la communication électronique entre les juridictions des États membres, en s'appuyant sur la solution informatique décentralisée e-CODEX (article 7 du règlement n° 2020/1783)[1295]. Les juridictions nationales et les organismes centraux doivent transmettre leurs demandes d'obtention de mesures d'instruction et les réponses à ces demandes par un système informatique. La communication électronique devient alors la méthode de communication par défaut[1296].

La refonte du règlement encourage aussi le recours à la vidéoconférence, que l'exécution de la mesure d'instruction soit effectuée par la juridiction requise ou directement par la juridiction

[1294] C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 6e éd., 2019, n° 1235.

[1295] L'alinéa 3 de l'article 7 précise aussi que si les demandes et les communications effectuées en vertu du article exigent un cachet ou une signature manuscrite, ceux-ci peuvent être remplacés par des cachets électroniques qualifiés ou des signatures électroniques qualifiées au sens du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juill. 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

[1296] Le considérant 12 du règlement n° 2020/1783 prévoit, toutefois, que la transmission électronique pourrait devenir impossible en raison d'une perturbation du système informatique décentralisé ou de la nature des éléments de preuves, par exemple lors de la transmission d'ADN ou d'échantillons de sang. Il précise aussi que la transmission physique peut être plus adaptée lorsque la conversion de documents volumineux au format électronique imposerait une charge administrative disproportionnée aux autorités compétentes ou lorsque le document original doit être fourni sur support papier pour en évaluer l'authenticité.

requérante[1297]. Comme le souligne V. Richard, *« ces innovations sont les bienvenues et elles devraient fournir un cadre légal aux juridictions souhaitant avoir recours à la vidéoconférence d'autant plus que l'épidémie de Covid-19 a forcé le monde judiciaire à se familiariser avec cet outil »*[1298].

L'exécution directe des mesures d'instruction encouragée. Le processus de réforme du règlement sur l'obtention des preuves tente aussi de renforcer l'attractivité du texte, en facilitant l'exécution directe des mesures d'instruction. Selon le paragraphe 5 de l'article 19, la juridiction requérante peut adresser un rappel à l'organisme central si elle n'a pas reçu de réponse à la demande d'exécution directe dans un délai de trente jours. L'innovation significative réside au fait que si l'organisme central ne donne pas de réponse dans les quinze jours suivant le rappel, la demande est considérée comme acceptée – le silence de l'organisme central vaut acceptation implicite de la mesure d'instruction sur son territoire[1299].

766. ***La possibilité de recourir à d'autres procédés d'obtention des preuves***. Enfin, il n'est pas sans intérêt de noter que les procédés mis en place par le règlement européen n'ont pas un caractère exclusif. Alors que dans un premier temps la Cour de justice a semblé reconnaître le caractère impératif de l'instrument interdisant de recourir à d'autres procédés d'obtention des preuves[1300], cette interprétation n'est plus d'actualité aujourd'hui.

[1297] V. articles 12 et 20 du règlement n° 2020/1783. Quant à la question de la protection des données personnelles, que le passage au numérique soulève, les considérants 31 et 32 du règlement rappellent l'importance de la confidentialité des données et du respect à la vie privée lors de l'obtention des preuves. L'article 30 précise également que la transmission des données doit être conforme aux dispositions du règlement général sur la protection des données et du règlement sur le traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union (règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE, JOUE 21 novembre 2018, L 295/39). Concernant la question de la sécurité informatique, l'article 25 du texte délègue ce problème à la Commission – l'article 10 de la proposition de règlement sur le système e-CODEX, publiée par la Commission en décembre 2020 prévoit que chaque entité sera responsable de la sécurité de son point d'accès et que l'ensemble sera supervisé par l'agence eu-LISA.

[1298] V. RICHARD, « La refonte du règlement sur l'obtention des preuves en matière civile », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 73.

[1299] L'organisme conserve néanmoins la possibilité de s'opposer à la mesure après l'expiration du délai (v. article 19 §7 du règlement n° 2020/1783).

[1300] Dans son arrêt *St Paul Diary*, la Cour de justice a jugé qu'une partie ne pouvait pas saisir directement le juge du lieu de situation des preuves pour les utiliser dans une autre procédure, puisque cette démarche pourrait être utilisée comme moyen d'échapper aux techniques de coopération judiciaire prévues par le règlement n° 1206/2001 (CJCE, 28 avr. 2005, n° C-104/03, *St Paul Dairy*, *Europe* 2005, comm. 229, note L. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 742, note E. PATAUT).

Dans son arrêt *Lippens*[1301], la CJUE a admis que le juge d'un État membre cite directement, en tant que témoin, une partie résidant dans un autre État membre pour l'entendre conformément à son droit national, sans réclamer l'application du règlement sur l'obtention des preuves. La Cour a effectué une analyse téléologique du texte, en rappelant que l'objectif de la coopération prévue par le règlement est de permettre l'obtention simple, efficace et rapide des preuves dans un contexte international. En outre, la Cour de justice a confirmé cette solution dans l'arrêt *ProRail* du 21 février 2013[1302]. Elle a estimé que la juridiction d'un État membre peut ordonner une expertise transfrontalière en marge du règlement.

767. Cette approche rejoint celle adoptée par la cour d'appel de Versailles[1303] dans le cadre de la Convention de La Haye, mais elle semble plus justifiée, ici, dans la mesure où les États membres de l'Union européenne participent à un espace judiciaire intégré, ce qui n'est pas le cas pour les États parties à la Convention. Par ailleurs, l'existence en Europe d'une juridiction supranationale compétente pour l'interprétation des règles uniformes est importante, car elle peut maîtriser le sens et l'évolution des règles de la coopération judiciaire internationale.

Selon D. Cholet[1304], la solution retenue dans l'arrêt *ProRail* est aussi l'occasion de revenir sur la manière dont le droit français conçoit les pouvoirs du juge en matière de recherche des preuves à l'étranger. La doctrine majoritaire considère traditionnellement que le juge français ne peut pas ordonner directement des mesures d'instruction devant se dérouler à l'étranger, puisque ces dernières se rattachent au service public de la justice et portent atteinte à la souveraineté d'un autre État lorsqu'elles sont accomplies hors du territoire national.

[1301] CJUE, 6 sept. 2012, n° C-170/11, *Lippens*, *Europe* 2012, comm. 470, note L. IDOT ; *Procédures* 2012, comm. 352, note C. NOURISSAT.

[1302] CJUE, 21 févr. 2013, n° C-332/11, *ProRail BV c/ Xpedys NV et a.*, *Gaz. Pal.*, 16/04/2013, n° 106.

[1303] V. *supra*, n° 733.

[1304] D. CHOLET, « L'admission des expertises judiciaires transfrontalières », *Gaz. Pal.*, 16/04/2013, n° 106. V. aussi H. MUIR WATT, *Expertise*, Rép. internat. Dalloz, 1998, n° 14 et s. et note sous Cass. 1re civ., 7 avr. 1998, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 459 ; N. MEYER-FABRE, *L'obtention des preuves à l'étranger*, *op. cit.*, p. 199. La cour d'appel de Versailles a admis qu'un expert exerce sa mission à l'étranger (CA Versailles, 9 avr. 1993, *op. cit.*) mais la cour d'appel de Douai a statué en sens contraire (CA Douai, 23 nov. 2000, *op. cit.*). Pourtant, il semble que certains juges de première instance admettent que les experts puissent, sans formalité, se déplacer à l'étranger (v. I. DESPRÉS, « Les mesures d'instructions *in futurum* », *D.* 2004, n° 637 ; D. CHOLET, « L'obtention des preuves en matière civile et commerciale dans l'Union européenne » in M. Defossez et J. Sénéchal (dir.), *Enforcing contracts*, *Larcier*, p. 75, spéc. note 40. La jurisprudence a aussi admis qu'il puisse être présentée, devant le juge français, une preuve recueillie à l'étranger par une partie privée selon la loi étrangère (Cass. 1re civ., 22 févr. 1978, *Rev. crit. DIP* 1979, p. 593, note G. COUCHEZ).

Toutefois, dans l'espace judiciaire européen, la confiance mutuelle entre les États membres permet d'accepter des mesures d'instructions non coercitives transfrontalières. Le caractère non exclusif du règlement contribue à la rapidité de l'obtention des preuves. *« La confiance mutuelle entre les États membres permet d'atteindre cet objectif en faisant recours aux moyens prévus par les droits nationaux, sans être limité aux moyens prévus par le règlement »*[1305]. Il existe, pourtant, des limites. Le juge compétent au fond ne peut pas réaliser des mesures coercitives sur le territoire d'un autre État. Si une telle mesure est nécessaire, la coopération des autorités étrangères est indispensable et le juge sera obligé d'agir selon les modalités prévues par le règlement.

B. Les mécanismes instaurés visant à améliorer l'accès au droit étranger

768. ***Le développement des outils informatiques afin de faciliter l'accès à la loi étrangère***. Par ailleurs, comme nous l'avons précisé auparavant, l'objet classique de l'entraide judiciaire comprend aussi l'accès au contenu de la loi étrangère. À cet égard, il est intéressant de noter que, dans le cadre du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, le juge d'un État membre qui doit appliquer la loi d'un autre État membre peut recourir directement à un juge de cet État afin d'obtenir des informations au sujet du contenu de cette loi[1306].

L'Union européenne a également développé des outils informatiques et plateformes[1307], afin de faciliter et de l'élargir l'accès au droit, compte tenu de la grande variété des systèmes juridiques nationaux et de leur diversité. Plus précisément, à côté du site EUR-Lex, qui contient des informations détaillées sur le droit européen[1308], a été lancé en 2006, le site N-Lex, qui comporte des liens vers les législations nationales, dans le but de fournir une information sur les droits nationaux des États membres de l'Union.

769. Il est vrai que le multilinguisme de l'Union européenne peut poser problème en termes d'accès au droit, dans la mesure où assurer un accès aux sites nationaux de législation sans

---

[1305] K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 256.
[1306] V. article 1re, §2 b) de la décision n° 568/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant la décision 2001/470/CE du Conseil relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale.
[1307] V. Rapport sur l'accès au droit, n° 2015/C 97/03.
[1308] Le Conseil et la Commission étudient, au niveau du groupe « Législation en ligne » institué au sein du Conseil, la possibilité de créer un système permettant d'avoir accès non seulement aux directives européennes, mais également aux dispositions des mesures nationales d'exécution qui donnent corps à ces directives.

traduction risque de ne pas avoir un effet utile. Dans ce cadre, il convient de noter que certains États membres fournissent une traduction de leur législation nationale dans une autre langue de l'Union afin d'aider les lecteurs à comprendre leurs instruments. En outre, depuis 2013, les utilisateurs effectuant des recherches sur le portail N-Lex ont accès à un service de traduction automatisée, ce qui permet d'avoir une information étendue, accessible et compréhensible sur le droit des États membres.

D'autres mécanismes de coopération européenne ont été aussi mis en place afin de faciliter l'accès au contenu des lois nationales. Le Conseil a élaboré un système d'identifiant unique afin de développer un mode de référencement homogène pour les législations des États membres (ELI, *European Legislation Identifier*). Il s'agit d'un outil efficace au service des autorités des États membres, des professionnels du droit et des citoyens, qui permet de rendre la législation accessible en ligne dans un format normalisé, garantissant un accès public à des documents législatifs fiables et à jour[1309].

770. ***L'élaboration d'un réseau de coopération législative***. Le Conseil a aussi établi, par une résolution du 20 décembre 2008, un réseau de coopération législative entre les ministères de Justice des États membres, qui a pour objectif de promouvoir une meilleure compréhension des législations nationales. Les ministères de la Justice peuvent utiliser une plateforme électronique sécurisée[1310], qui archive des informations essentielles et permet de procéder à des consultations ainsi que de réaliser des études de droit comparé au moyen d'un outil de communication unique et efficace. Ce réseau a pour but d'améliorer l'échange d'informations

[1309] P. RABOURDIN et H. MUIR WATT, *Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère*, Rép. Dalloz, dr. int., avril 2017, n° 62. V. aussi Rapport sur l'accès au droit, n° 2015/C 97/03, Conclusions du Conseil du 6 novembre 2017 sur l'identifiant européen de la législation (2017/C 441/05). La mise à disposition des informations juridiques sous forme électronique et l'utilisation généralisée de l'Internet permettent de répondre au besoin de donner accès au droit. Toutefois, l'échange de ces informations sous forme numérisée est entravé par les disparités entre les différents systèmes législatifs des États membres et entre les systèmes techniques utilisés pour stocker et publier les textes législatifs sur les sites web nationaux. Cela compromet l'interopérabilité entre les systèmes d'information des institutions nationales et européennes, malgré l'augmentation du nombre de documents disponibles sous format électronique. Dans ces conditions, l'utilisation de l'identifiant européen de la législation (ELI), vise à surmonter ces problèmes. L'utilisation d'identifiants uniques, de métadonnées structurées et d'une ontologie pour le référencement des textes législatifs nationaux dans les journaux officiels, permettrait de rendre la recherche et le partage d'informations efficaces, conviviaux et plus rapides et rendre performants les mécanismes de recherche pour les législateurs, les magistrats, les praticiens du droit et les citoyens. Pour l'identification de la législation, on utiliserait un identifiant unique qui serait reconnaissable, lisible et compréhensible à la fois par les utilisateurs et par les systèmes informatiques et qui serait compatible avec les normes technologiques existantes.

[1310] https://intra.legicoop.eu/user

entre les États membres sur la législation en vigueur, sur les systèmes judiciaires et juridiques, et sur les principaux projets de réformes juridiques.

771. ***La création d'un glossaire et d'un identifiant européen de la jurisprudence***. En outre, compte tenu de la disparité des termes juridiques propres à chaque système national, il est apparu nécessaire de créer un glossaire afin de rapprocher des concepts juridiques propres à différents ordres juridiques. Ce glossaire, appelé « Legivoc » a été lancé à l'initiative de la délégation française et fournit un système terminologique interopérable, facilitant la compréhension des lois nationales des États membres de l'Union[1311].

Par ailleurs, afin de favoriser l'accès transnational à la jurisprudence des différents pays de l'Union, le Conseil a adopté en 2011 des conclusions préconisant l'introduction, sur une base volontaire, d'un identifiant européen de la jurisprudence (ECLI, *European Case Law Identifier*)[1312]. À l'instar de l'ELI, il s'agit d'un système commun d'identification des décisions judiciaires. *« La Commission a [également] créé un moteur de recherche ECLI qui permet de rechercher dans une base de données comprenant toutes les décisions de jurisprudence référencées selon la nouvelle codification »*[1313].

772. ***La réflexion d'aller plus loin et faciliter l'accès au droit et à la jurisprudence des États tiers.*** Enfin, il n'est pas sans intérêt de noter qu'une réflexion a été menée au sein de l'Union européenne pour aller plus loin et améliorer l'accès au droit et à la jurisprudence des États tiers, dans la mesure où, dans certaines situations, la juridiction d'un État membre doit appliquer la loi d'un État tiers avec lequel l'affaire a un lien particulier. L'accès aux informations *via* les mécanismes de coopération décris plus haut est limité à l'information juridique relative à la loi et la jurisprudence des États membres.

[1311] Un tel glossaire a été aussi établi au niveau européen. L'Union européenne a développé « Eurovoc », un thésaurus regroupant les termes utilisés dans tous les domaines du droit de l'Union.

[1312] Conclusions du Conseil préconisant l'introduction d'un identifiant européen de la jurisprudence et un ensemble minimal de métadonnées uniformes pour la jurisprudence (2011/C 127/01). Comme dans le cadre de l'accès aux législations nationales, il a été constaté que les problèmes relatifs à l'accès à la jurisprudence étaient principalement dus au manque d'identifiants uniformes et de métadonnées, puisqu'il existe au niveau national divers systèmes d'identification. Ainsi, un système commun d'identification, de citation et de métadonnées de jurisprudence a été considéré comme indispensable (v. Rapport sur l'accès au droit, n° 2015/C 97/03, n° 52 et s.).

[1313] P. RABOURDIN et H. MUIR WATT, *Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère*, *op. cit.* n° 62. V. aussi A. RIGAUX, « Référencement des arrêts », Europe 2014. Com. 194.

Les outils informatiques développés à l'initiative de l'Union européenne sont flexibles et peuvent s'adapter à tout système national. Dans ce cadre, l'Union européenne a présenté cette possibilité au Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de la Haye de droit international privé en avril 2014[1314]. Le Bureau permanent de la Conférence est invité à continuer de suivre l'évolution de la situation en matière d'accès au contenu du droit étranger.

III. L'efficacité de la coopération garantie par l'institution de différents réseaux de coopération

773. ***La mise en place du Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale***. Il convient, par ailleurs, de noter que la mise en place d'une coopération judiciaire efficace au sein de l'Union européenne est favorisée par l'institution de différents réseaux de coopération, surtout du Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale. Ce dernier est créé par la décision du Conseil n° 2001/470 du 28 mai 2001, telle que révisée par la décision n° 568/2009 du 18 juin 2009. Il est composé par des points de contact désignés par les États membres, par les autorités centrales instituées dans le cadre des actes du droit dérivé, par des magistrats de liaison ainsi que par les ordres professionnels notamment des avocats et des notaires des États membres.

Son rôle est de renforcer et de faciliter la coopération judiciaire entre les États membres, à travers l'élaboration et la mise à jour d'un système d'information destiné à ses membres et disponible sur le portail européen e-Justice, afin d'assurer le bon déroulement des procédures ayant une incidence transfrontalière et l'application effective et concrète des actes communautaires. Comme le souligne P. Franzina, *« le regard du Réseau sur la coopération judiciaire en Europe n'est pas seulement un regard intersectoriel, mais aussi un regard*

[1314] https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/studies/access-to-foreign-law1. V. *supra*, n° 736 et s.. V. aussi Rapport sur l'accès au droit, n° 2015/C 97/03 n° 75 et s. : les États signataires des conventions de Lugano (Suisse, Norvège, Islande) ont également manifesté un intérêt particulier pour les travaux réalisés au niveau du Conseil en matière de web sémantique et ils participent directement aux discussions relatives à l'ELI et l'ECLI, afin que les pages de législation et de jurisprudence de ces États soient référencées par les mêmes identifiants proposés par l'ELI et l'ECLI. Par ailleurs, l'Union européenne, par l'intermédiaire de deux de ses États membres, est également en contact avec le Sommet judiciaire ibéro-américain, qui est une plateforme regroupant les États d'Amérique centrale et du Sud. Ces États sont désireux d'être en mesure de faciliter l'accès en ligne au droit et des contacts ont été noués afin de communiquer les solutions de web sémantique développées par l'Union européenne.

« global », visant la totalité de la coopération judiciaire se déroulant entre les États membres, quelle que soit la source des instruments normatifs appliqués »[1315].

Il constitue un lieu de communication et d'échange des informations entre les autorités judiciaires nationales, en mettant en place une *« interaction multiniveaux »*[1316] grâce à des points de contact établis dans chaque État membre. Il n'est doté d'aucun pouvoir contraignant, il joue un rôle de « concentrateur » et de « facilitateur »[1317] du dialogue entre les institutions étatiques de l'espace judiciaire européen. Ainsi, l'objectif principal du réseau est de créer des relations circulaires permettant une communication horizontale entre juridictions, autorités et praticiens du droit au sein de l'Union, en assurant le développement des liens de confiance.

774. ***L'instauration des réseaux de juges***. Il faut ajouter qu'à côté de ce réseau institutionnel, se sont créés d'autres réseaux de juges au sein de l'Union européenne visant à promouvoir la coopération directe entre les organes judiciaires nationaux et à développer une culture judiciaire européenne[1318]. La mise en place en Europe d'un dialogue direct entre les autorités étatiques nécessite, en effet, *« un effort important visant à accroître la formation des professionnels du droit et leur attitude au dialogue »*[1319] – dans ce cadre, a vu le jour le Réseau européen de formation judiciaire[1320].

L'important de ces réseaux ne doit pas être sous-estimée, car le dialogue, l'échange d'informations, la rencontre et la réflexion commune entre les juges européens jouent un rôle fondamental afin de développer une culture juridictionnelle commune et *« préparer un terrain favorable aux coopérations qui se mettent en place en matière civile, à la circulation des décisions de justice et à leur reconnaissance mutuelle »*[1321]. Ainsi que le relève P. Franzina, l'intégration européenne ne constitue pas seulement une entreprise politique ou normative mais

---

[1315] P. FRANZINA, « Les acteurs de l'espace judiciaire européen en matière civile », in M. Douchy-Oudot et E. Guinchard (dir.), *La justice civile européenne en marche*, Dalloz, 2012, p. 18.
[1316] *Ibid.*, p. 19.
[1317] *Ibid.*
[1318] V. G. CANIVET, « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », *Petites affiches*, 5 oct. 2004, p. 48, n° 27 et s. L'auteur évoque le réseau des présidents de cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, les réseaux des écoles de formation de magistrats ainsi que les réseaux de juges spécialisés.
[1319] P. FRANZINA, « Les acteurs de l'espace judiciaire européen en matière civile », *op. cit.*, p. 15.
[1320] https://www.ejtn.eu/fr/Sur-EJTN/Sur-JTN
[1321] G. CANIVET, « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », *op.cit.*, n° 3. L'auteur pose la question de savoir si *« la réalisation de cette communauté de juges ne doit pas conduire à une organisation européenne de ces juges, à un statut unique et à l'émergence d'une justice européenne intégrée »* (v. n° 37).

aussi une *« entreprise culturelle »* et dans ces conditions il devient important de promouvoir *« le développement d'une culture de la coopération »*[1322].

L'action de l'Union européenne dans le domaine de la coopération judiciaire n'a jamais cessé de s'accroître. On constate une expansion de la portée matérielle de la coopération judiciaire dans des segments du droit international privé.

§2 L'extension de la portée matérielle de la coopération dans des segments du droit international privé

775. La coopération entre les juridictions des États membres est particulièrement développée en matière familiale, où on constate l'émergence des innovations techniques, témoignant d'une conception souple de la compétence – comme en atteste notamment la mise en place d'un mécanisme de compétence original inspiré de la doctrine du *forum non conveniens* (I). Il est aussi important de mentionner le nouveau volet de coopération et coordination institué entre les tribunaux des États membres en matière d'insolvabilité, ayant pour objectif de soustraire à la territorialité et faciliter la gestion efficace des procédures (II).

La volonté d'instaurer des mécanismes de coopération interjuridictionnelle est, par ailleurs, présente en matière successorale – surtout en matière de successions immobilières – ainsi que dans le domaine de la propriété intellectuelle (III). Enfin, la suppression de l'*exequatur* peut aussi être analysée comme une forme de coopération renforcée en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions (IV).

I. La mise en place en matière familiale d'un mécanisme de coopération original inspiré de la doctrine du *forum non conveniens*

776. ***Le transfert de compétence au juge mieux placé***. Plus précisément, il convient de souligner qu'en matière de responsabilité parentale, le Règlement Bruxelles II *bis*

[1322] P. FRANZINA, « Les acteurs de l'espace judiciaire européen en matière civile », *op. cit.*, p. 20.

(RBII *bis*)[1323], ainsi que le nouveau Règlement Bruxelles II *ter* (RBII *ter*)[1324] qui entrera en vigueur le 1er août 2022, mettent en place un mécanisme de compétence original fondé sur l'idée d'un for plus approprié en instituant une coopération poussée entre les juridictions et autorités des États membres concernés (article 15 RBII *bis* et articles 12 et 13 RBII *ter*). Ce mécanisme est inspiré des articles 8 et 9 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des mineurs, expliqués auparavant[1325].

777. Concrètement, selon ces textes, le juge de l'État membre compétent au fond en matière de responsabilité parentale – c'est-à-dire le juge de la résidence habituelle de l'enfant[1326] – peut, s'il considère que la juridiction d'un autre État membre, avec lequel l'enfant a un lien particulier, est mieux placée pour connaître de l'affaire, transférer sa compétence[1327]. Les règlements énumèrent de manière limitative les différents États qui sont considérés comme pouvant entretenir un lien particulier avec l'enfant – un tel lien peut résulter de l'acquisition d'une résidence habituelle de l'enfant dans cet État pendant l'instance, de son ancienne résidence habituelle, de sa nationalité, de la résidence habituelle dans cet État de l'un des titulaires de la responsabilité parentale et de la présence de biens de l'enfant dans cet État lorsque le litige concerne ces biens.

Le transfert de compétence – qui peut n'être que partiel, c'est-à-dire pour une partie spécifique de l'affaire – peut avoir lieu à l'initiative d'une partie, mais aussi à l'initiative du juge compétent au fond, ainsi qu'à la demande des tribunaux de l'État membre qui s'estiment mieux placées pour trancher le litige, en raison du lien particulier qui existe entre leur État et l'enfant.

[1323] Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) no 1347/2000.

[1324] Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte).

[1325] V. *supra*, n° 723 et s..

[1326] La juridiction de l'État membre compétente pour connaître du fond de l'affaire en matière de responsabilité parentale peut aussi être celle de l'État membre dans lequel l'enfant est présent en cas de défaillance du rattachement tenant à la résidence habituelle (v. article 13 RBII *bis*, article 11 RBII *ter*).

[1327] Le RBII *ter* précise que les juridictions qui font fait l'objet d'une prorogation volontaire de compétence au titre de l'article 10, ne peuvent pas transférer leur compétence à une juridiction d'un autre État membre (article 12 §5).

778. ***Les garanties procédurales***. Ce mécanisme du renvoi de compétence est assorti d'un certain nombre de garanties procédurales. En effet, le juge de la résidence habituelle doit surseoir à statuer et soit impartir un délai aux parties pour saisir la juridiction de l'autre État membre, soit effectuer une demande directe à celle-ci d'exercer sa compétence. La juridiction bénéficiaire du renvoi doit répondre dans un délai de six semaines à compter de sa saisine ou de la date de réception de la demande directe. Si elle accepte le renvoi de compétence, la juridiction transférante pourra se dessaisir ; dans le cas contraire, la juridiction saisie en premier lieu continue d'exercer sa compétence[1328].

779. Il faut préciser qu'il y a aussi certaines conditions auxquelles est subordonné le mécanisme du renvoi de compétence. Hormis la condition objective tenant à l'existence d'un lien particulier entre l'enfant et l'État dont les tribunaux sont potentiellement mieux placés que les autorités normalement compétentes, ces dernières ne peuvent transférer leur compétence que si elles estiment effectivement que la juridiction d'un autre État membre est mieux placée pour connaître de l'affaire, en raison d'un lien particulier avec l'enfant.

Cette appréciation du juge de la résidence habituelle de l'enfant doit se faire au cas par cas et en tenant compte des circonstances particulières qui entourent le litige et la situation de l'enfant. Dans cette démarche, l'intérêt supérieur de l'enfant va jouer un rôle important. Dans le cadre de cette coopération originale entre les juridictions des États membres, le RBII *ter* incite les juges à coopérer et communiquer entre eux par voie directe ou par l'intermédiaire des autorités centrales[1329].

780. ***Le mécanisme du renvoi de compétence : une nouvelle méthode de dialogue intra-européen.*** Ce transfert de compétence constitue une *« technique innovative de coopération transfrontière »*[1330] qui s'inscrit dans un nouvel espace de dialogue intra-européen. Comme le

[1328] Une procédure analogue est prévue en cas de demande de transfert de compétence adressée à la juridiction compétente de l'État membre de résidence habituelle de l'enfant par le juge de l'État membre qui se considère mieux placé pour connaître de l'affaire. La juridiction requise doit répondre dans un délai de six semaines à compter de la réception de la demande et lorsqu'elle accepte de transférer la compétence, elle informe sans retard la juridiction requérante. En l'absence d'une telle acceptation dans le délai, la juridiction requérante ne peut pas exercer la compétence (article 13 RBII *ter*).

[1329] V. articles 76-79 et articles 80, 86 et 87 RBII *ter*. Les autorités centrales désignées par les États membres sont appelées à recueillir et à échanger des informations concernant la situation de l'enfant et les procédures ou décisions qui le concernent, ainsi qu'à faciliter les communications entre les juridictions des États membres, surtout dans le cadre des procédures relatives au retour d'un enfant déplacé ou retenu illicitement.

[1330] B. ANCEL et H. MUIR WATT, *« L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », Rev. crit. DIP* 2005, p. 569, n° 26.

disent B. Ancel et H. Muir Watt, l'avènement de l'espace judiciaire européen a contribué à l'émergence des innovations techniques en neutralisant *« le phénomène de la frontière, qui compartimente les compétences unilatéralement déterminées, circonscrit territorialement le pouvoir de contrainte et isole les juridictions œuvrant chacune à résoudre les contentieux transfrontières »*[1331]. Dans ces conditions, le mécanisme du renvoi de compétence institué initialement par le RBII *bis* et repris dans le RBII *ter*, fait partie de l'évolution vers *« la fédéralisation de l'espace judiciaire européen »* [1332] en transformant la simple coexistence coordonnée des juridictions des États membres en un véritable espace de dialogue.

781. ***Une conception souple de la compétence***. Nous sommes en présence d'une approche souple et régulatrice de la compétence juridictionnelle. Le texte confie au juge saisi un pouvoir modérateur de son propre titre d'intervention dans certains cas, témoignant d'une conception flexible de la compétence. Ce mécanisme est proche de celui de *forum non conveniens*, malgré la différence qui tient à l'existence d'une énumération précise des compétences alternatives envisageables dans le texte européen afin de limiter l'incertitude supposée inhérente à l'exception de *forum non conveniens*. Il convient de remarquer que la possibilité d'une demande directe de transfert de compétence émanant du juge saisi ou du for de l'un des États membres éventuellement bénéficiaires du renvoi représente *« une figure inédite de dialogue judiciaire intracommunautaire, accentuant l'esprit coopératif dans lequel cette version européenne du forum non conveniens a été instituée »*[1333].

782. ***D'autres techniques innovatives de coopération***. Par ailleurs, il y a aussi dans le RBII *ter* d'autres techniques procédurales qui innovent en matière de gestion de l'instance transfrontière et contribuent à l'apparition *« d'une instance internationale intégrée construite par association des forces, coaction des juges nationaux »*[1334]. En effet, les articles 22 à 29 du règlement relatifs aux requêtes en retour des enfants ayant fait l'objet d'un enlèvement international au sens de la Convention de La Haye de 1980 prévoient des obligations spécifiques d'information mutuelle entre la juridiction de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant au moment immédiatement antérieur à l'enlèvement et celle du pays où l'enfant est actuellement retenu.

[1331] *Ibid.*, n° 6.
[1332] *Ibid.*
[1333] *Ibid.*, n° 30.
[1334] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, p. 132.

Les juges sont appelés à coordonner leur action et informer les parties aux diverses instances. Les autorités de l'État d'origine, saisies d'une demande d'examen au fond de l'affaire et ayant tenu compte de l'ensemble des circonstances entourant le litige, peuvent ordonner le retour de l'enfant par une décision immédiatement exécutoire dans le pays de situation actuelle, malgré le fait que les juges de ce dernier pays ont ordonné le non-retour de l'enfant dans des conditions conformes à la Convention de La Haye. Ce dispositif crée *« à travers la coopération active des juridictions nationales, une espèce d'imbrication du travail de juger avoisinant la forme d'une instance internationale intégrée »*[1335].

En outre, l'article 82 RBII *ter* prévoit la possibilité d'adopter une décision conjointe du juge requérant et du juge requis pour la réalisation du placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou un établissement situé dans un autre État membre. Il s'agit d'une *« décision prise en commun par des juges relevant de juridictions et d'États différents sur un aspect du litige »*[1336], permettant la coordination des instances nationales *via* leur réunion à une instance internationale spécifique.

783. ***Des mécanismes de coopération en matière d'obligations alimentaires***. On retrouve aussi des règles de coopération transfrontière entre les autorités des États membres de l'UE en matière d'obligations alimentaires. Le règlement n° 4/2009[1337] confie aux autorités centrales des tâches afin de faciliter le recouvrement d'aliments. Le créancier bénéficie de l'assistance de l'autorité centrale de l'État membre requis en vue de la reconnaissance d'une décision rendue en vertu du règlement ou de son exécution (article 56). Dans ces conditions, l'autorité centrale peut être amenée à fournir des informations relatives aux revenus du débiteur, à son patrimoine ou à ses comptes bancaires (article 61).

Le texte prévoit également une possibilité originale de révision transfrontière des décisions ayant fixé le montant de la créance alimentaire. La décision émanant d'un État membre compétent en vertu du règlement peut être exceptionnellement rapportée par le juge d'un autre État membre s'il est saisi à cette fin par le débiteur selon les conditions énoncées à l'article 8

[1335] *Ibid.*, p. 135.
[1336] M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 7e éd., n° 551.
[1337] Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

du texte. Il s'agit d'une *« une forme de justice tournante, par association successive dans le temps d'instances nationales coordonnées par le règlement »*[1338].

II. Le nouveau volet de coopération et coordination institué en matière d'insolvabilité afin de faciliter la gestion efficace des procédures

784. ***Les dispositifs de coopération et de coordination dans le domaine de l'insolvabilité***. Il est également important de remarquer qu'en matière d'insolvabilité se manifeste, au niveau européen, la volonté de se soustraire à la territorialité, qui caractérise les procédures collectives, par le biais des mécanismes de coopération et de coordination. Le règlement n° 2015/848[1339], comme son prédécesseur (règlement n° 1346/2000), a réussi à trouver un compromis entre la thèse de l'universalité de la faillite et celle de la territorialité par l'institution d'une procédure principale de portée universelle, coordonnée avec une ou plusieurs procédures secondaires de portée territoriale, ce qui conduit à établir deux critères de compétence juridictionnelle.

785. ***La coordination entre la procédure prépondérante et les procédures secondaires en instituant une obligation de coopération***. Le critère principal de compétence est celui du centre des intérêts principaux du débiteur, qui est présumé être au siège statutaire de la société (article 3 §1). Cependant, ainsi que nous l'avons mentionné, cette présomption est réfragable et peut être renversée lorsque l'administration centrale de la société est située dans un État membre autre que celui de son siège statutaire, c'est-à-dire lorsque le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers est localisé dans cet autre État membre[1340]. À côté de la procédure d'insolvabilité principale ouverte devant le juge du lieu où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur, le règlement prévoit aussi un second critère de compétence, qui est celui de l'établissement du débiteur, permettant d'ouvrir des procédures secondaires de portée limitée (article 3 §2)[1341].

[1338] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, p. 134.

[1339] Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte). Le règlement n° 2015/848 s'applique aux procédures d'insolvabilité ouvertes depuis le 26 juin 2017. Il a abrogé le règlement n° 1346/2000 (règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité).

[1340] V. *supra*, n° 522. V. aussi CJCE 2 mai 2006, aff. C-341/04, *Eurofood*, *D.* 2006. 1286, obs. A. LIENHARD, 1752, note R. DAMMANN , et 2250, obs. F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2006. 360, note J.-P. RÉMERY ; *Rev. crit. DIP* 2006. 811, étude F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE. La Cour de justice a estimé dans son arrêt *Eurofood* que cette présomption n'est écartée que si *« des éléments objectifs et vérifiables par des tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter »*.

[1341] L'article 6 du règlement précise que la juridiction de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité est aussi compétente pour connaître des actions connexes, qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et s'y

Le règlement organise la coordination entre la procédure principale prépondérante et les procédures secondaires en fixant des limites territoriales et matérielles à la procédure secondaire[1342] et en instaurant une obligation de coopération et d'information réciproque à la charge des syndics des différentes procédures[1343]. En outre, la Cour de justice a reconnu dans son arrêt *Handlowy c. Christianopol*[1344] qu'il existe en matière d'insolvabilité un principe de coopération loyale entre les juridictions des États membres.

La coexistence des procédures parallèles *« oblige à une forme de coopération loyale d'ordre horizontal, qui implique une adaptation du droit national applicable aux procédures secondaires, en considération des contraintes liées à l'existence et à l'efficacité de la procédure principale « prédominante » »*[1345].

786. ***La coopération et l'échange d'informations à plusieurs niveaux***. Le règlement n° 2015/848 renforce la coopération entre les organes de la procédure dans le cadre des procédures principale et secondaire en instituant une coopération et d'échanges d'informations non seulement entre praticiens de l'insolvabilité mais aussi entre juridictions elles-mêmes et entre juridictions et praticiens de l'insolvabilité. Concrètement, l'obligation de coopération se

insèrent étroitement. Dans un arrêt du 14 novembre 2018, la CJUE a affirmé que la compétence des juridictions de l'État d'ouverture de la procédure en matière d'actions connexes est exclusive, ce qui permet d'assurer l'efficacité et la rapidité de la procédure à travers la concentration du contentieux devant la juridiction qui a ouvert la procédure. Toutefois, en l'espèce, l'affirmation du caractère exclusif de la compétence ne semble pas utile, car il s'agissait d'une action révocatoire fondée sur l'insolvabilité et dirigée contre un défendeur ayant son siège statutaire ou son domicile dans un autre État membre et le succès d'une telle action devant les juridictions du domicile du défendeur suffit à son efficacité, il n'y a nul besoin de faire reconnaître la décision (CJUE, 14 nov. 2018, n° C-296/17, *Wiemer & Trachte GmbH*, F. JAULT-SESEKE, « Règlement Insolvabilité : compétence exclusive des juridictions de l'État d'ouverture en matière d'action annexe », *BJS* févr. 2019, n° 119j9, p. 48). Par ailleurs le §2 de l'article 6 du règlement prévoit une option de compétence en matière d'actions connexes, mais dans une hypothèse particulière : lorsqu'une action connexe est liée à une action en matière civile et commerciale intentée contre le même défendeur, le praticien de l'insolvabilité peut porter les deux actions devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le défendeur est domicilié à condition que ces juridictions soient compétentes en vertu du RBI *bis*.

[1342] La procédure d'insolvabilité principale a une portée universelle s'appliquant aux biens du débiteur situés dans tous les États membres, alors que la procédure secondaire est limitée aux biens du débiteur se trouvant sur le territoire de l'État où le débiteur possède un établissement.

[1343] Sur l'articulation entre les procédures principales et secondaires, v. M. MENJUCQ, « Synthèse – Faillites internationales », *J.- Cl. Dr. internat*., 11 juillet 2017. L'auteur précise que le nouveau règlement n° 2015/848 modifie cette articulation, car il prévoit que la procédure secondaire n'est plus nécessairement liquidative. Il permet aussi au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale d'éviter l'ouverture d'une procédure secondaire dans un État membre où se situe un établissement du débiteur en proposant un engagement unilatéral aux créanciers locaux leur garantissant dans la répartition des actifs, le respect des droits dont ils auraient bénéficié si une procédure secondaire avait été ouverte. V. aussi F. JAULT-SESEKE, D. ROBINE, « Le règlement n° 2015/848 : le vin nouveau et les vieilles outres », *Rev. crit. DIP*, 2016, p. 21, n° 58 et s..

[1344] CJUE, 22 nov. 2012, *Handlowy c. Christianopol*, aff. C-116/11, *Rev. proc. coll*. 2013, comm. 29, obs. T. MASTRULLO ; *JCP G* 2013, 1134, n° 10, note M. MENJUCQ.

[1345] L. D'AVOUT, « Règlement insolvabilité, procédure de sauvegarde et coopération loyale entre États membres », *JCP G* 2013, p. 62.

traduit, en pratique, par la conclusion entre praticiens de l'insolvabilité des conventions de gestion parallèle ou conjointe des procédures, des « protocoles d'insolvabilité »[1346]. Le nouveau règlement a donné un fondement à ces accords, en les consacrant explicitement (articles 41, 42 et 43 du règlement n° 2015/848). Les juridictions nationales doivent pouvoir communiquer directement entre elles, ou se demander directement des informations ou de l'aide[1347].

787. ***La gestion efficace d'une pluralité de procédures d'insolvabilité en matière de groupes de sociétés via la coopération***. Il convient, par ailleurs, d'observer qu'en matière de groupes de sociétés, le règlement n° 2015/848 n'a pas adopté l'approche tenant à la centralisation de l'ouverture des procédures d'insolvabilité par une seule juridiction, lorsque le groupe n'est pas fortement intégré, c'est-à-dire lorsque le centre des intérêts principaux des diverses sociétés du groupe ne se situe pas dans un seul État membre[1348]. Au contraire, il a institué une pluralité de procédures d'insolvabilité ouverte par plusieurs juridictions nationales à propos des membres du groupe. Ces procédures, à l'image du modèle de la coopération pratiquée dans le cadre des procédures parallèles d'un même débiteur, sont coordonnées par la coopération entre praticiens de l'insolvabilité, entre juridictions et entre praticiens et juridictions[1349].

[1346] Ce moyen de coopération via protocoles d'insolvabilité a été utilisé pour la première fois en Angleterre dans l'affaire *Maxwell* (V. sur ce point, P. SCHLOSSER, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, *op. cit*., p. 262 s.).

[1347] V. articles 42 et 57 du règlement n° 2015/848. Le texte européen ne donne pas des précisions supplémentaires, mais – ainsi que le souligne Th. Mastrullo – il est possible de se tourner vers le guide pour l'incorporation et l'interprétation de la loi type CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1997 qui offre des indices concrets sur les formes de communication (échange d'ordonnances ou de jugements officiels, fourniture d'écrits officieux contenant des informations, des questions et des observations de caractère général, transmission de comptes rendus d'audience) et les moyens de communication (téléphone, télécopie, courrier électronique et vidéo) mis à la disposition des tribunaux (Th. MASTRULLO, « La coopération entre les acteurs intervenant dans les procédures d'insolvabilité après la révision du règlement (CE) n° 1346/2000 », *Rev. proc. coll*. 2015, dossier 7, n° 8).

[1348] Le traitement de l'insolvabilité d'un groupe par une juridiction unique ne peut être envisagée que si le centre des intérêts principaux des sociétés est localisé dans un même État membre, ainsi que le prévoit le nouveau considérant 53 du règlement.

[1349] V. articles 56, 57 et 58 du règlement n° 2015/848. Le règlement n° 1346/2000 n'avait pas pris en considération les groupes de sociétés, mais les juridictions nationales l'appliquaient à propos de ceux-ci, en renversant la présomption en faveur du siège statutaire pour localiser le centre des intérêts principaux des filiales au siège de leur société mère. La Cour de justice s'est opposée à ce courant jurisprudentiel national, en précisant dans son arrêt *Eurofood* que *« lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État où est situé son siège social, le simple fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par le règlement »* (CJCE 2 mai 2006, aff. C-341/04, *Eurofood*, *op. cit*.). Néanmoins, les juridictions nationales ont poursuivi leur jurisprudence antérieure, en prenant le soin de motiver davantage leur décision et en recourant à la technique du faisceau d'indices concordants. Cette motivation a été validée par la CJUE dans son arrêt *Interedil*, qui permet de renverser la présomption lorsque l'administration centrale de la société est, du point de vue des tiers, située dans un autre État que le siège statutaire (CJUE, 20 oct. 2011, *Interedil*, aff. C-396/09, *Rev. proc. coll*. 2011, étude 32 , note M. MENJUCQ ; *D*. 2011, p. 2593, obs. A. LIENHARD).

Ce nouveau volet de la coopération vise à faciliter la gestion efficace des procédures et garantir une coordination entre les décisions prises par les juridictions des différents États membres concernant un débiteur ayant des intérêts transfrontaliers ou les membres d'un groupe de sociétés afin d'assurer une cohérence au traitement global de l'insolvabilité.

788. ***La mise en place d'une procédure de coordination collective***. Toutefois, le texte prévoit la mise en place, sur une base purement volontaire, d'une procédure de coordination collective[1350], qui a pour objectif d'améliorer la coordination des procédures d'insolvabilité ouvertes par une pluralité de juridictions contre les différentes sociétés du groupe et de permettre une restructuration coordonnée du groupe. La juridiction choisie par la majorité des praticiens d'insolvabilité pour mettre en place cette procédure de coordination collective, sera exclusivement compétente. La dimension contractuelle de la procédure se retrouve à tous ses stades. L'accord entre les syndics concernés est recherché, dès le choix de la juridiction compétente pour ouvrir la procédure de coordination collective et ensuite, lors de son déroulement, les syndics coopèrent avec le coordinateur désigné dans le cadre de la procédure[1351].

789. ***Le principe de la reconnaissance immédiate des décisions***. Dans ce mouvement de coopération en matière d'insolvabilité, il faut ajouter que le règlement européen pose le principe de la reconnaissance immédiate[1352] de la décision d'ouverture de la procédure rendue par une juridiction d'un État membre dans tous les autres États membres et l'article 32 du texte étend ce principe de reconnaissance aux décisions relatives au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité rendue par la même juridiction ainsi qu'au concordat approuvé par cette juridiction. Par ailleurs, la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale doit être reconnue par les juridictions des autres États membres, sans que celles-ci puissent

---

[1350] V. articles 61 et s. du règlement n° 2015/848. Comme le relève M. Menjucq, la procédure de coordination collective *« repose sur un consensualisme à double détente pour chaque praticien de l'insolvabilité désigné dans une procédure concernant une société du groupe : accepter ou non que la procédure dans laquelle il a été désigné soit intégrée dans le périmètre de la procédure de coordination ; appliquer ou non les recommandations du coordinateur »* (M. MENJUCQ, « Synthèse – Faillites internationales », *op. cit*, n° 34).

[1351] V. L.- C. HENRY, « Le nouveau règlement « insolvabilité » : entre continuité et innovations », *D.* 2015, p. 979, n° 24 et s..

[1352] Le principe d'une reconnaissance de plein droit des décisions « sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure » est aussi posé dans le RBI *bis* (article 36), le RBII *ter* (article 30), le règlement en matière d'obligations alimentaires (article 23), le règlement en matière successorale (article 39). Avec la notion de reconnaissance de plein droit apparaissent les *« linéaments d'un droit européen de l'autorité de chose jugée, via la mise en place d'un régime européen de la chose jugée à l'étranger »* (P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Conclusions d'un internationaliste », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, p. 204).

contrôler la compétence du juge de l'État d'ouverture en application du principe de confiance mutuelle[1353].

III. L'institution des dispositifs de coopération interjuridictionnelle en matière successorale et dans le domaine de la propriété intellectuelle

790. ***Le choix d'un rattachement commun sans consacrer une compétence exclusive en matière de successions immobilières***. La volonté d'instaurer des mécanismes de coopération est aussi présente en matière successorale. Tout d'abord, il est intéressant de remarquer que le règlement n° 650/2012[1354] est animé par l'idée de l'unité non seulement des compétences judiciaire et législative mais aussi de la loi applicable aux meubles et aux immeubles, le rattachement commun étant la dernière résidence habituelle du défunt. Autrement dit, le texte, au lieu de consacrer une compétence exclusive au profit des tribunaux de l'État de la situation des immeubles, a établi un parallélisme entre les règles de compétence judiciaire et législative au profit de la compétence et de la loi de l'État de la dernière résidence habituelle du défunt[1355] quelle que soit la nature mobilière ou immobilière des biens[1356]. En retenant un rattachement unique pour le *forum* et le *jus*, le règlement vise à éviter la fragmentation du contentieux, lorsque le défunt possède des immeubles situés dans des États différents et demande, ainsi, aux États dualistes, comme la France, de renoncer, pour les immeubles situés sur leur territoire, à la compétence de leurs juridictions et à l'application de leur loi.

791. ***L'admission implicite d'une dérogation à la compétence générale du for de la résidence habituelle du défunt***. Il convient, toutefois, d'observer que le règlement semble admettre implicitement une dérogation à la compétence générale du for de la résidence habituelle du fait de l'exclusion de son champ d'application de l'inscription dans un registre de

[1353] V. considérant 22 du règlement n° 2015/848. Com., 27 juin 2006, *Daisytek*, n° 03-19.863, *JCP G* 2006, 10147, note M. MENJUCQ ; *D*. 2006 p. 2257 note J.-L. VALLENS. Le règlement prévoit des motifs de non-reconnaissance restrictifs, il y a la possibilité de ne pas reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou de ne pas exécuter une décision prise dans le cadre de cette procédure si la reconnaissance ou l'exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa Constitution (article 33).

[1354] Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *JOUE* L 201, 27 juillet 2012, p. 107.

[1355] Le règlement a aussi consacré l'autonomie de la volonté, toute personne a la possibilité de soumettre sa succession à sa loi nationale (article 22).

[1356] V. articles 4 et 21 §1 du règlement n° 650/2012.

droits immobiliers[1357]. Il reprend, sans le dire expressément, la disposition de l'article 9 de la proposition de la Commission[1358], qui attribue compétence aux tribunaux de l'État membre de situation d'un bien *« pour prendre des mesures relevant du droit réel relatives à la transmission de ce bien, son enregistrement ou son transfert dans un registre de publicité »*, dans le cas où la loi de cet État exige l'intervention de ses juridictions. Par conséquent, le tribunal d'un État membre doit se dessaisir s'il lui est demandé de prendre de telles mesures sur un immeuble situé dans un autre État membre ou non membre[1359].

792. ***La distinction entre partage lato sensu et partage stricto sensu***. Comme nous l'avons expliqué précédemment à propos de l'arrêt *Tassel*[1360], il faut distinguer entre le partage *lato sensu* – la division abstraite de l'universalité patrimoniale, c'est-à-dire la fixation des parts des héritiers – et le partage *stricto sensu* – la réalisation en nature des droits successoraux ainsi déterminés. Le premier relève de la loi successorale, alors que le second implique le partage concret des biens, ce qui justifie la compétence ponctuelle du pays étranger de situation de l'immeuble pour la mise en œuvre du transfert de propriété par suite du partage.

793. ***Une espèce de forum non conveniens en matière d'inscription dans un registre de droits immobiliers***. Le fait que *« l'État étranger de situation physique de l'immeuble est en position de prééminence internationale pour connaître du régime de propriété du bien successoral »*[1361] ne conduit pas nécessairement à lui attribuer une compétence exclusive ; il est possible de suivre une autre approche selon laquelle le point de vue de l'État de situation sera pris en compte pour la réalisation ultime du partage de l'immeuble[1362]. On peut y voir une espèce de *forum non conveniens* ; le juge normalement compétent pour la succession doit se

[1357] V. article 1er §2 l) et considérants 18 et 19 du règlement n° 650/2012.
[1358] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, COM(2009) 154 final.
[1359] V. P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 691, n° 13 : *« On peut en rapprocher la disposition plus générale de l'article 12 du règlement, permettant à la juridiction compétemment saisie de la succession de ne pas statuer sur un ou plusieurs biens de la succession situés dans un État tiers, s'il est prévisible que sa décision ne serait pas reconnue dans cet État tiers »*.
[1360] Civ. 1re, 23 juin 2010, *Tassel*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 53, note B. ANCEL (deux arrêts) ; *JDI* 2010, p. 1263, note H. PÉROZ ; *D.* 2010, p. 2955, note L. D'AVOUT. V. *supra*, n° 371 et s..
[1361] L. D'AVOUT, « Les successions internationales et la détermination du juge le mieux placé pour en connaître », *D.* 2010, p. 295, n° 2.
[1362] L'article 30 du règlement réserve aussi l'application des dispositions spéciales de la loi de situation imposant des restrictions à la succession de certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens en raison de leur destination économique, familiale ou sociale.

dire juge internationalement mal placé si sont en cause les modalités concrètes de transfert de propriété de la chose corporelle située à l'étranger[1363].

794. ***Un modèle de coordination des procédures fondé sur la coexistence d'un rattachement de principe et d'un rattachement secondaire***. Ainsi que l'avait relevé B. Ancel, le lieu du dernier domicile du défunt s'affirme comme le rattachement de principe pour l'une et l'autre des compétences législative et judiciaire, et le lieu de situation de l'immeuble comme un rattachement secondaire et d'exception. Dans ce cadre, *« l'ordre juridique du dernier domicile aurait vocation à s'emparer de toute question successorale que le droit international privé ayant cours au locus rei sitae ne confierait pas à la loi locale, [mais] le règlement successoral auquel il présiderait engloberait, sinon les opérations mêmes dont l'ordre juridique de situation conserverait la maîtrise, du moins le solde de celles-ci ou leur expression comptable »*[1364]. Cette approche suit un modèle de coordination des procédures parallèles qui est déjà adopté en matière d'insolvabilité. Le domicile du défunt exerce *« une force centrifuge qui désigne un juge compétent à titre prépondérant »*, alors que la situation des biens exerce une *« force centripète »*[1365] qui est prise en compte au titre de la compétence exceptionnelle du juge du *situs*.

795. ***Un mécanisme de transfert de compétence***. Par ailleurs, il importe de rappeler[1366] que le règlement n° 650/2012 prévoit, à l'instar de l'article 12 du RBII *ter*, un mécanisme de transfert de compétence inspiré de la technique de *forum non conveniens*. L'article 6 du texte permet à la juridiction de l'État de la dernière résidence habituelle du défunt de renvoyer l'affaire, à la demande d'une partie, au juge de l'État membre dont la loi a été choisie pour régir la succession, si elle considère que les juridictions de cet État sont mieux placées pour trancher le litige[1367].

[1363] L. D'AVOUT, « Les successions internationales et la détermination du juge le mieux placé pour en connaître », *op. cit.*, n° 3.
[1364] B. ANCEL, « Renvoi et unité de compétence juridictionnelle en matière de succession internationale », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 399, spéc. 404.
[1365] L. D'AVOUT, « Les successions internationales et la détermination du juge le mieux placé pour en connaître », *op. cit.*, n° 4.
[1366] V. *supra*, n° 263.
[1367] En outre, selon l'article 6 b) du règlement n° 650/2012, la juridiction normalement compétente doit décliner sa compétence, si les parties ont conclu, conformément à l'article 5, un accord d'élection de for au profit des juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie par le défunt.

796. ***Le recours à tout moyen disponible afin de comprendre le contenu de la loi étrangère***. En outre, afin de simplifier la reconnaissance des jugements rendus au sein de l'espace judiciaire européen en matière successorale, le règlement vise l'hypothèse où une personne bénéficie d'un droit réel en vertu de la loi successorale, inconnu de la loi de situation des biens. L'article 31 prévoit, dans ce cas, l'adaptation du droit réel à son équivalent le plus proche en vertu de la loi de l'État de situation. À cet égard, les autorités de l'État dont la loi s'applique à la succession peuvent être contactées pour obtenir des informations sur le droit en question. Il est alors possible d'avoir recours à tout moyen disponible permettant de comprendre la loi étrangère, y compris aux réseaux existants dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale[1368] [1369].

797. ***La création d'un certificat successoral européen : un document valable pour l'inscription d'un bien successoral dans le registre foncier d'un État membre***. Enfin, il n'est pas sans intérêt de noter que le texte crée un certificat successoral européen, afin de garantir la continuité du règlement successoral. Il s'agit d'une sorte d'acte de notoriété uniforme dont l'objet est d'établir le statut, les droits et pouvoirs des héritiers, légataires ou administrateurs de la succession dans le cadre d'une succession ayant une incidence transfrontière[1370]. Le certificat est délivré par les autorités de l'État membre dont les juridictions sont compétentes en vertu du règlement et il est valable dans tous les autres États membres. Son objectif est de faciliter les opérations successorales et faire en sorte qu'elles se déroulent dans plusieurs États membres sur une base commune.

D'après l'article 69 §5, le certificat successoral européen constitue un document valable pour l'inscription d'un bien successoral dans le registre pertinent d'un État membre, sans préjudice de l'article 1er §2 l) qui exclut du domaine matériel du règlement les exigences relatives à l'inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, ainsi que les effets d'une telle inscription[1371]. Par conséquent, le certificat peut donner lieu à l'inscription d'un bien successoral dans le registre foncier d'un État membre [1372], mais l'autorité qui délivre ce

[1368] V. considérant 16 du règlement n° 650/2012.
[1369] Sur la coordination entre la loi successorale et la loi de situation des biens en matière de transmission de la succession, v. article 29 et considérants 43-44 du règlement n° 650/2012. V. aussi P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *op. cit*., n° 23 et 24.
[1370] V. articles 62-73 du règlement n° 650/2012.
[1371] V. sur ce point P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *op. cit*., n° 40.
[1372] Selon le considérant 18 du règlement n° 650/2012, *« les autorités chargées de l'inscription [dans un registre d'un droit immobilier ou mobilier] devraient accepter les documents rédigés par les autorités compétentes d'un*

certificat doit tenir compte des formalités requises pour l'inscription des biens immobiliers dans l'État membre qui tient le registre. À cette fin, un échange d'informations sur ces formalités entre les États membres doit être prévu[1373].

798. ***Les procédés coopératifs en matière de propriété intellectuelle***. Nous avons, en outre, constaté l'existence des mécanismes de coopération interjuridictionnelle dans le domaine de la propriété intellectuelle. Dans le chapitre précédent, nous avons expliqué, à propos du système juridictionnel spécifique mis en place en matière de marques de l'Union européenne, que diverses obligations de coopération sont prévues entre les juridictions nationales et l'OUEPI (Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle). Les premières sont exclusivement compétentes pour connaître des demandes en nullité de la marque présentées à titre incident ainsi que pour tout litige en matière de contrefaçon alors que l'Office dispose d'une compétence exclusive pour le contentieux principal relatif à la validité de la marque[1374].

En ce qui concerne les brevets européens classiques, l'article 131 de la Convention de Munich du 5 octobre 1973 incite à la coopération administrative et judiciaire en prévoyant que l'Office européen des brevets et les juridictions ou autres autorités compétentes des États membres s'assistent mutuellement, sur demande, en se communiquant des informations ou des dossiers[1375]. Quant au système juridictionnel que l'Union européenne souhaite mettre en place afin de centraliser le contentieux aussi bien des brevets européens traditionnels que ceux à effet unitaire, il convient de rappeler que l'accord sur la JUB (Juridiction unifiée du brevet) établit un mécanisme souple de coopération entre les différentes divisions de la JUB, permettant au tribunal saisi d'une demande reconventionnelle en nullité du brevet formée dans le cadre d'une

---

autre État membre, dont la circulation est prévue par le présent règlement. En particulier, le certificat successoral européen délivré en vertu du présent règlement devrait constituer un document valable pour l'inscription de biens successoraux dans le registre d'un État membre ».

[1373] V. considérant 68 du règlement n° 650/2012. P. Lagarde précise que certaines exigences du droit français doivent s'effacer ou en tout cas faire place à l'effet attribué par l'article 69 §5 du règlement au certificat successoral européen, et notamment l'article 710-1 du Code civil, qui exige d'un acte, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, qu'il résulte *« d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative ».* Cette disposition est contraire au règlement, car elle refuse tout effet en matière de publicité foncière au certificat successoral établi par une autorité étrangère compétente, elle devra donc être écartée (P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *op. cit*., n° 40).

[1374] V. *supra*, n° 643 et s., v. aussi article 128 §4, 6 et 7 du règlement 2017/1001.

[1375] V. aussi C. KESSEDJIAN, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Conférence de La Haye de droit international privé, Doc. prél. N° 8 de novembre 1997, n° 43.

action en contrefaçon, de différer sa décision sur la validité ou de renvoyer cette question à une autre juridiction[1376].

IV. La suppression de l'*exequatur* : une forme de coopération renforcée en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements

799. ***La généralisation de l'abandon de la procédure d'exequatur***. Il convient, par ailleurs, de rappeler que l'uniformisation des règles de compétence au niveau européen a permis aux États membres de se faire confiance mutuelle conduisant au renforcement de la coopération en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions, qui se traduit par la suppression de l'*exequatur* des jugements rendus dans les États membres. Avant le RBI *bis*, d'autres instruments européens ont déjà supprimé l'*exequatur* mais de manière sectorielle, en matière de créances incontestées, en matière de garde des enfants ou dans le domaine des obligations alimentaires[1377].

Le RBI *bis* a, quant à lui, généralisé l'abandon de la procédure d'*exequatur* en matière civile et commerciale, permettant, toutefois, au défendeur de s'opposer à l'exécution sur la base des traditionnels motifs de non-reconnaissance[1378]. Le RBII *bis* a même étendu la suppression de l'*exequatur* à toutes les décisions relevant de la matière de responsabilité parentale[1379]. La volonté de renforcer la coopération entre les ordres juridiques nationaux peut aussi se voir dans le règlement portant création d'une procédure européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires. Il met à disposition du créancier une procédure unilatérale d'obtention de la mesure conservatoire, dispensée d'*exequatur*, contre les comptes bancaires[1380].

[1376] V. *supra*, n° 692 et s, v. aussi article 33 §3 de l'accord JUB.

[1377] V. article 5 du règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 relatif au titre exécutoire européen, article 19 du règlement n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 relatif à l'injonction de payer européenne, article 20 du règlement n° 861/2007 du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, article 17 du règlement n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif aux obligations alimentaires, concernant les décisions rendus dans un État membre lié par le protocole de la Haye de 2007, articles 41 et 42 du règlement Bruxelles II *bis* n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, concernant certaines décisions en matière de droit de visite et de retour de l'enfant.

[1378] V. article 46 du RBI *bis*.

[1379] V. article 34 du RBII *ter*.

[1380] Règlement (UE) n° 655/2014 du 15 mai 2014, JOUE n° L 189, 27 juin 2014, p. 59. Le règlement met aussi en place des dispositifs de coopération impliquant les autorités administratives des États membres. D'après son article 14, lorsque le créancier ne dispose pas de toutes les informations concernant un compte bancaire, il peut demander à l'autorité compétente de l'État membre d'exécution qu'elle obtienne les informations nécessaires, soit en se prévalant de la possibilité, éventuellement prévue par le droit national, d'obliger les banques établies sur son territoire de déclarer si le défendeur détient un compte auprès d'elles, soit en accédant directement aux informations possédées par des autorités publiques ou consignées dans des registres v. P. FRANZINA, « Les acteurs de l'espace judiciaire européen en matière civile », *op. cit.*, p. 11.

800. ***Une nouvelle forme de coordination***. Comme l'a relevé L. Cadiet, l'abolition de la procédure de l'*exequatur* – procédure qui a été présentée comme une forme de coordination entre les justices étatiques – ne constitue pas nécessairement un retour en arrière, mais une nouvelle forme de coordination. Elle représente un déplacement de la coordination à un stade ultérieur de la mise en œuvre de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, dans la mesure où la suppression de l'*exequatur* est compensée par un recours possible contre le jugement pour des raisons d'ordre public dans l'État membre requis[1381].

Au sein de l'espace judiciaire européen, où *« interviennent des considérations très particulières liées à la construction progressive d'un ordre fédéral ou quasi-fédéral »*[1382], l'abrogation de l'*exequatur* a une dimension symbolique, témoignant d'un décloisonnement des ordres juridictionnels nationaux et s'inscrit dans une logique de l'intégration. L'objectif est de rendre fongibles les décisions rendues par les juridictions des États membres. Cette fongibilité conduit à *« assimiler le jugement provenant d'un État frère à un jugement national et à lui faire produire une force exécutoire identique à celle dont sont pourvus les jugements nationaux »*[1383].

§3 La mise en place des procédés coopératifs dans des matières de droit public

801. ***Les dispositifs de coopération en matière pénale***. Enfin, il est important d'observer que des mécanismes de coopération sont également mis en place au niveau européen dans des matières de droit public imprégnées de la souveraineté nationale[1384]. En effet, un travail commun de rapprochement des législations nationales est réalisé en matière pénale, afin de créer un climat de confiance mutuelle et faciliter la mise en œuvre de la coopération judiciaire dans ce domaine[1385]. La confiance mutuelle constitue le fondement de toute coopération

[1381] L. CADIET, « The Emergence of a Model of Cooperative Justice in Europe: Horizontal Dimensions » in Center for Judicial Cooperation, EUI Distinguished Lectures, San Domenico di Fiesole, European University Institute, 2014. V. aussi L. CADIET, « Towards a New Model of Judicial Cooperation in the European Union », in *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, L. Cadiet, B. Hess, M. Requejo Isidro (éds.), Nomos, 2015.
[1382] S. BOLLÉE, « Les effets des jugements étrangers », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, p. 167, n° 12.
[1383] M.- L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 7e éd., n° 696.
[1384] Sur la coopération internationale en matière fiscale, v. P. SCHLOSSER, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, *op. cit*., p. 333 et s..
[1385] Dès 1992, a été créé l'Europol, qui reprend un dispositif de coopération policière informelle et discrète pour en faire une véritable institution. Par ailleurs, le traité de Maastricht a créé un troisième pilier à la construction communautaire, celui de la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (article K et suivant du Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992). Ensuite, le traité d'Amsterdam a prévu, dans son titre VI intitulé « Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire », un ensemble de règles

judiciaire tant civile que pénale au sein de l'Union européenne[1386] et dans ce cadre différents dispositifs de coopération ont été adoptés en matière pénale, favorisant la relation directe entre juges et abandonnant la méthode gouvernementale de l'entraide judiciaire.

Parmi ces dispositifs, nous pouvons citer le mandat d'arrêt européen, qui a été institué par la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002[1387] et constitue *« l'acte de naissance de l'Europe judiciaire pénale »*[1388]. Le mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire émise par un État membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre État membre d'une personne recherchée, aux fins de l'exercice de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté. Son intérêt principal réside dans la rapidité et la simplicité de la procédure, assurées par le dialogue entièrement judiciaire entre les autorités nationales[1389]. Il s'agit d'une avancée majeure pour la coopération pénale entre les États membres, témoignant d'un changement de paradigme par rapport aux mécanismes de coopération interétatique.

802. Comme en matière civile, a été adopté un instrument relatif à la transmission et l'obtention transfrontières des preuves dans le domaine pénal. Dans un premier temps, le mandat européen d'obtention des preuves a été créé par la décision-cadre du 18 décembre 2008 visant à recueillir des objets, des documents et des données d'un autre État membre dans le cadre de procédures pénales[1390]. Toutefois, en raison du caractère conditionnel de l'exécution du mandat européen de recherche des preuves et de son champ d'application limité[1391], il a été

visant à contribuer à l'amélioration de la coopération en matière pénale. V. sur l'harmonisation pénale européenne, K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, p. 220 et s..

[1386] La CJUE avait affirmé que le principe de reconnaissance mutuelle constituait « une expression plus spécifique d'un principe plus générale de confiance mutuelle entre les autorités des États membres » (CJCE, 11 mai 1989, *Wurmzer, veuve Bouchara et société Norlaine*, aff. 25/88, *Rec*. p. 1105) et le Conseil européen de Tampere a fait du principe de reconnaissance mutuelle la pierre angulaire de la coopération judiciaire au sein de l'espace judiciaire européen (Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, SN 200/99, §33). Pour la confiance mutuelle en tant que fondement de la coopération civile, v. CJUE, arrêts du 9 décembre 2003, *Gasser*, C-116/02, Rec. p. I-14693, et du 27 avril 2004, *Turner*, C-159/02, Rec. p. I-3565 ; pour la confiance mutuelle comme fondement de la coopération pénale, v. CJUE *Gözütok et Brügge*, 11 févr. 2003, affaires jointes C-187/01 et C-385/01.

[1387] Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOCE L* 190/1, 18 juillet 2002.

[1388] I. JEGOUZO, « Le mandat d'arrêt européen, acte de naissance de l'Europe judiciaire pénale », in M.-E. Cartier (dir.), Le *mandat d'arrêt européen,* Bruylant, 2005, p. 33.

[1389] Sur le mandat d'arrêt européen, l'équilibre entre son exécution et la protection des droits fondamentaux, ainsi que les propositions d'amélioration de son fonctionnement v. K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit*., p. 257 et s.

[1390] Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, JOUE L 350, 30 déc. 2008.

[1391] V. K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit*., p. 271. L'auteure précise que l'exécution du mandat européen d'obtention des preuves était soumise à la condition de reconnaissance par l'autorité d'exécution

remplacé par la décision d'enquête européenne instituée par la directive 2014/41/UE adoptée le 3 avril 2014. La décision d'enquête européenne permet aux autorités des États membres de coopérer de manière directe – sans passer par les autorités centrales ou les entités étatiques – dans le cadre de différentes mesures d'enquête en vue d'obtenir des preuves en matière pénale[1392]. Par ailleurs, à l'instar de la coopération judiciaire civile, les nouvelles technologies sont aussi intégrées dans les mécanismes de coopération pénale, afin de faciliter l'entraide[1393].

803. ***Des structures destinées à renforcer la coopération pénale***. Il y a aussi, au sein de l'espace judiciaire européen, des structures destinées à renforcer la coopération pénale et notamment Eurojust, issu de la décision du Conseil du 28 février 2002[1394], ayant pour objectif de promouvoir la coordination entre les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites, et d'améliorer leur coopération en facilitant la mise en œuvre de l'entraide judiciaire. Eurojust a aussi pour but de faciliter la coopération judiciaire en matière de criminalité organisée. Il s'agit d'une unité composée de membres nationaux ayant la qualité de procureur, de juge ou d'officier de police ayant des prérogatives équivalentes, visant à pallier les insuffisances du réseau judiciaire européen et des magistrats de liaison[1395]. L'institution de

compétente. L'État d'exécution pouvait refuser d'exécuter le mandat en raison de la contrariété au principe *non bis in idem* et en présence d'une immunité ou un privilège prévus par son droit. En outre, le champ d'application du mandat européen de recherche des preuves était limité, dans la mesure où le mandat ne pouvait être émis qu'en vue d'obtenir une preuve déjà existante et directement disponible, consistant en des objets, des documents et des données, ce qui excluait une grande série de mesures d'enquête du champ d'application du mandant d'obtention des preuves.

[1392] La décision d'enquête européenne est une *« décision judiciaire qui a été émise ou validée par une autorité judiciaire d'un État membre afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre en vue d'obtenir des preuves conformément à la présente directive »* (article 1er §1 de la directive n° 2014/41/UE). Comme en matière de preuves civiles, la demande d'entraide peut être exécutée selon les formes de l'État requérant (article 9 §2 de la directive), ce qui rompt avec les mécanismes traditionnels en matière pénale soumis au principe de territorialité, qui exige que l'opération d'entraide soit accomplie selon la loi de l'État requis. Le nouveau mécanisme européen de coopération judiciaire en matière pénale fait prévaloir *« l'objectif d'efficacité de la coopération sur les attributs classiques de la souveraineté pénale »* (P. BEAUVAIS, « De l'entraide judiciaire européenne à l'enquête pénale européenne. À propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne », *RTD eur*., 2015, p. 777). Il y a aussi le règlement n° 2018/1805 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation qui a pour objectif d'accélérer la coopération judicaire et favoriser l'exécution des décisions de gel et de confiscation afin d'éviter que les biens criminels ne soient dispersés ou détruits.

[1393] V. sur ce point le rapport explicatif de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, 2000/C 379/02, *« L'Union européenne se devait aussi, et son niveau élevé d'intégration politique l'y a aidé, de développer de nouvelles techniques permettant de prendre en compte les évolutions importantes en matière de technologie, qui, pour certaines, peuvent faciliter l'entraide (vidéoconférence, téléconférence) et, pour d'autres (l'interception des télécommunications), peuvent, à défaut de mesures appropriées, la rendre difficilement praticable »*.

[1394] Décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité.

[1395] V. sur ce point K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit*., p. 277 et s. ; G. CANIVET, « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », *op. cit*., n° 20 et s.. Il y a aussi les équipes communes d'enquêtes créées par la décision-cadre du 13 juin 2002 (décision-cadre 2002/465/JAI

différents réseaux de coopération en matière civile et pénale permet de renforcer la communication entre les juges, afin qu'ils puissent échanger des informations de manière rapide et sécurisée et obtenir une assistance directe de leurs homologues étrangers.

804. ***L'étroite coopération en matière de concurrence***. Un haut degré de coopération a été aussi atteint en droit de la concurrence. L'Union européenne a développé un contentieux administratif répressif dans ce domaine, qui s'est répandu dans les États membres. Des obligations de coordination ont été mises en place au sein du Réseau européen de concurrence, composé par la Commission et les autorités de concurrence des pays européens. Ces dernières appliquent le droit de l'Union en étroite coopération, en échangeant d'informations[1396].

805. ***L'adoption de la technique du forum non conveniens***. Il convient d'observer que selon une communication émise par la Commission à propos de la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, il est proposé de répartir les affaires entre les autorités en fonction d'une appréciation d'opportunité ; il faut vérifier si l'autorité est « bien placée » pour connaître de l'affaire – le texte précise les critères permettant de définir cette notion[1397]. L'autorité en charge de l'affaire bénéficie du concours d'homologues d'autres États membres et le texte permet aussi l'intervention parallèle des plusieurs autorités nationales de concurrence, lorsque leurs territoires respectifs sont affectés, en les incitant à coordonner leur action[1398]. En outre, la communication semble adopter la technique du *forum non conveniens*, en permettant à l'autorité nationale de renvoyer l'affaire à la Commission, si elle est mieux placée pour agir, notamment lorsqu'un ou plusieurs accords ou pratiques, ont des effets sur la concurrence dans plus de trois États membres[1399] [1400].

---

du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête, JOCE n° L 162, 20 juin 2002, p. 1), qui sont mises en place ponctuellement dans le cadre d'une enquête pénale dans deux ou plusieurs États membres pour une durée limitée. Les États membres ont, par ailleurs, renforcer davantage la coopération pénale en créant, à partir d'Eurojust, un Parquet européen, qui est compétent pour enquêter et poursuivre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne (règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen).

[1396] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (aujourd'hui articles 101 et 102 TFUE), v. not. articles 11 et 12 du règlement. Ce dernier prévoit aussi la mise en place des mécanismes de coopération entre les juridictions nationales et la Commission européenne, v. considérant 21 et articles 15-16 du règlement. V. aussi la communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE n° 2004/C 101/04, *JOCE C* 101/54 du 27 avril 2004.

[1397] V. point 8 de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence n° 2004/C 101/03, *JOCE C* 101/43 du 27 avril 2004.

[1398] V. points 12 et 13 de la communication n° 2004/C 101/03.

[1399] V. points 14 et 15 de la communication n° 2004/C 101/03.

[1400] Sur la coopération administrative transnationale en réseau dans le domaine du droit public de la concurrence, v. L. d'Avout, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, RCADI, 2019, p. 542 et s. L'auteur souligne les

Après avoir analysé les dispositifs de coopération horizontale entre les tribunaux sur le plan international et européen, nous allons à présent traiter la question de leur mise en place dans les matières visées par les règles de compétence exclusive, ce qui peut conduire à l'assouplissement de l'exclusivité.

Section III : La mise en œuvre des mécanismes de coopération horizontale dans les matières visées par les règles de compétence exclusive

806. Dans cette section, nous examinerons la façon dont les mécanismes de coopération décrites auparavant peuvent être utilisés dans les domaines visés par les compétences exclusives, qui sont prévues en matière civile et commerciale. Nous allons surtout nous intéresser à l'Union européenne, car il s'agit d'un espace judiciaire intégré[1401] où les liens entre les juges étatiques sont fondés sur la confiance mutuelle et les procédés coopératifs peuvent fleurir dans un tel environnement (§2).

Ainsi que l'a dit M.-L. Niboyet, l'espace judiciaire européen réunit les conditions appropriées pour l'ouverture d'un dialogue judiciaire transfrontière afin de garantir la coordination internationale des procédures, alors que sur le plan mondial le juge dispose notamment des procédés unilatéraux de son droit national pour essayer d'atteindre le même résultat[1402]. La notion même d'espace, qui est utilisée, montre qu'on cherche à dépasser celle de territoire, *« fortement corrélée à la souveraineté étatique, pour désigner une zone*

différences qui sont observables au sein des coopérations administratives dans les espaces régionaux intégrés (comme l'Union européenne) et sur la scène mondiale. Dans les premiers, il y a une articulation dans les rapports horizontaux entre autorités nationales, lesquelles sont tenues à une étroite collaboration alors qu'au niveau mondial, il y a une logique floue de la coaction des administrations nationales, unies en réseau transnational informel : *« Quoi de commun, en effet, entre la coopération transatlantique en matière d'antitrust, faite de consultations mutuelles et d'articulation volontaire des pratiques décisionnelles unilatérales dans un cas de concentration ou de pratique anticoncurrentielle et cette même coopération au sein du Réseau européen de concurrence, où une autorité peut agir sur la base d'une même règle de droit à la place de toutes les autres ? Les organisations régionales telles l'Union européenne constituent notoirement des catalyseurs de la coopération interétatique, qu'elles peuvent discipliner avec plus ou moins de souplesse »* (L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, n° 303, p. 551).

[1401] V. sur ce point P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Conclusions d'un internationaliste », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS éditions, 2013, p. 204 et s. L'auteur analyse la logique d'intégration que suit le droit européen du procès civil international, se traduisant par la construction progressive d'un ordre européen, juridictionnel et juridique.

[1402] M.-L. NIBOYET, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2006, var. 14.

« déterritorialisée » dans laquelle les États veulent établir des libertés de circulation impliquant une confiance mutuelle et une idée de solidarité »[1403].

807. Avant de voir, concrètement, comment ces mécanismes peuvent constituer une solution alternative à l'exclusivité de la compétence juridictionnelle, il convient de faire quelques remarques préliminaires à propos de nouvelles formes de coopération entre les tribunaux nationaux en Europe que nous avons analysées précédemment (§1).

§1 L'apparition des nouvelles formules de gestion de l'instance

808. ***L'émergence d'un modèle d'instance internationale intégrée***. Il ressort des éléments développés dans les sections antérieures qu'il y a des formules nouvelles de gestion de l'instance, permettant de passer *« d'instances nationales indépendantes, à une instance internationale composée de segments nationaux interdépendants »*[1404]. Le caractère transfrontalier du litige peut conduire à des innovations processuelles et métamorphoser finalement l'instance en réalisant une association ponctuelle des procédures nationales. Une telle évolution est envisageable, si nous prenons en considération *« la fiabilité croissante des mécanismes de coopération dans l'Union européenne et les facilités techniques de mise en commun du travail judiciaire »*[1405].

809. ***La délocalisation du litige par association des juges ou par renvoi de la compétence***. Les nouvelles formes de coordination des justices examinées plus haut donnent lieu à un *« modèle commun d'instance internationale intégrée »* réalisant une forme de

[1403] *Ibid.*, n° 22, v. aussi P. DAILLIER, intervention lors d'une journée de rencontre entre les universités de Vilnius et de Paris X Nanterre, organisée à Paris X-Nanterre le 30 septembre 2005.
[1404] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, p. 117. En outre, cette conception nouvelle de l'instance semble être suivie par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), qui considère le procès transnational comme une entité unique malgré la multiplicité des procédures nationales mises en œuvre dans une même affaire (v. CEDH 4 nov. 2008, n° 6152/02, *Dinu c. Roumanie et France*, *Procédures* 2008, n° 333, obs. FRICERO ; *Gaz. Pal.* 20-21 févr. 2009, 50, obs. SINOPOLI : il s'agit d'une décision de condamnation pour procès inéquitable, à cause de la durée trop longue de l'entière instance qui s'est partiellement déroulée à l'étranger ; CEDH 18 nov. 2010, n° 7618/05, *Romanczyk c. France*, *Clunet* 2011, comm. 9, F. MARCHADIER ; CEDH 3 mai 2011, n° 56759/08, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, Rev. crit. DIP 2011, p. 817, note P. KINSCH : il s'agit de décisions de condamnation des refus de reconnaissance et d'exécution forcée des jugements étrangers, dans le contexte des relations conventionnelles et dans le cade des relations internationales de droit commun).
[1405] *Ibid.*, p. 121.

« délocalisation »[1406] du litige dont il est saisi un juge national, soit par association d'un juge étranger à la procédure – comme en matière d'obtention des preuves ou dans le domaine de l'insolvabilité – soit par transfert de la compétence juridictionnelle à un juge étranger mieux placé – comme en matière familiale ou en matière successorale.

Le premier mode correspond à une *« procédure géographiquement diffuse mais globalement hiérarchisée, menée à titre principal devant un for leader et de manière simultanée, mais accessoire au titre de la mise en œuvre, devant un ou plusieurs fors auxiliaires »* alors que le second constitue l'illustration d'une *« procédure géographiquement concentrée, mais tournante, connaissant des phases étatiques successives »*[1407]. Le choix entre ces deux formes d'intégration des instances nationales dépend de la nature du litige ; si l'objectif procédural tient à la résolution rapide du différend, il faudrait préférer une organisation hiérarchique de la procédure, alors que l'objectif d'un règlement de proximité requiert plutôt une organisation tournante de la procédure, avec renvoi de la compétence au juge mieux placé pour connaître de l'affaire.

810. ***Un aspect moderne du joint transborder case management : un modèle coopératif de règlement des litiges fondé sur le dialogue transfrontière***. Dans toutes ces hypothèses, il s'agit d'un aspect moderne du *« joint transborder case management »*[1408], c'est-à-dire d'une

---

[1406] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, p. 132 et s. ; L. CADIET, « Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale », *Les cahiers de la justice*, 2013/3, p. 73.

[1407] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, p. 136-137. Quant à la question de la concurrence des règles de procédure, L. d'Avout précise qu'il est possible de limiter le domaine de la *lex fori* à certaines règles ou principes indérogeables afin de permettre la meilleure coordination des procédures nationales. Dans ce cadre, on peut recourir à un même corps de règles de soft law, qui garantissent le droit à un procès équitable, comme les Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale (v. F. FERRAND « Les principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale : vers une harmonisation mondiale de la procédure civile ? », *Gaz. Pal.* 28 mai 2005, n° 148, p. 9 ; Ph. FOURCHARD, *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile et l'American Law Institute*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2011). Selon D. P. Fernández Arroyo, un développement ultérieur des Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale pourrait s'occuper plus en détail de la compétence judiciaire et des principes de coopération, qui n'ont pas été très développés (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI, vol. 323, 2006, n° 199). Par ailleurs, l'Institut de droit européen a pris l'initiative en octobre 2013 de lancer la rédaction de principes européens de procédure civile sur la base des principes d'UNIDROIT de procédure civile transnationale (https://www.unidroit.org/fr/travaux-en-cours-regles-europeennes-eli-unidroit).

[1408] P. SCHLOSSER, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-Operation*, *op. cit.*, p. 396 et s. Selon P. Schlosser, l'aboutissement de la coopération judiciaire serait une gestion conjointe des affaires transnationales, voire une décision commune des autorités de deux juridictions sur le litige. Même si nous sommes loin d'avoir atteint une telle situation, qui n'est pas toujours souhaitable, il y a des exceptions, et d'autres exceptions peuvent devenir recommandables. V. aussi L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, p. 134 ; L. CADIET, « Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale », *op. cit.*, p. 73.

sorte de gestion conjointe de l'instance transnationale, qui repose sur le dialogue institutionnalisé des juges et peut aller jusqu'à une décision prise en coopération par les juges relevant d'États différents. Cette coopération pourrait être renforcée grâce aux nouvelles technologies de communication, qui permettraient d'envisager l'organisation d'audiences conjointes devant des juridictions situées dans des pays différents[1409].

Le développement de nouvelles formes de coopération horizontale entre les tribunaux nationaux en Europe peut contribuer au renouvellement de la physionomie de l'instance, en raison *« d'une osmose croissante de l'interne et de l'externe »*[1410], et à l'émergence d'un modèle coopératif de règlement des litiges fondé sur le dialogue des juges. Ce dernier est susceptible de bouleverser *« le schéma binaire de division du travail de juger, à savoir l'opposition de l'instance directe et indirecte »* ainsi que de déroger *« au modèle de l'enracinement territorial exclusif de l'instance directe et de la centralisation maximale au pays d'origine des actes ultérieurs dérivés de cette instance »*[1411].

Autrement dit, la coopération entre les juridictions ne se limite pas à la reconnaissance de la compétence du juge étranger au stade de l'introduction de l'instance ou au niveau des effets des jugements, mais elle peut donner lieu à *« des faits actifs de collaboration d'un organe étatique à l'accomplissement d'un procès diligenté dans un autre État »*[1412] – le for déléguant la réalisation de certains actes de l'instance à une autorité étrangère, comme c'est le cas en matière d'obtention des preuves.

[1409] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit*., p. 121. L'auteur précise que *« la question de la langue n'est pas si décisive qu'il y paraît à première vue : outre les traductions simultanées courantes devant les juridictions supranationales instituées, il apparaît que certaines juridictions étatiques seraient, en matière commerciale, disposées à tenir audience en langue d'affaires usuelle, soit en anglais (la troisième chambre du Tribunal de commerce de Paris admet désormais les pièces de procédure non traduites, se fondant sur l'article 23 du Code de procédure civile ; les décisions demeurant, pour l'instant, rédigées en français) »*. V. aussi L. CADIET, « Conclusion d'un processualiste », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS éditions, 2013, p. 219. Sur l'utilisation des nouvelles technologies dans l'espace judiciaire européen, v. M. - C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, « Regard européen sur l'introduction des nouvelles technologies dans le procès civil », *Procédures* 2012, n° 4, art. 6 ; A. DE LA OLIVA SANTOS, F. GASCÓN INCHAUSTI, M. AGUILERA MORALES, *La e-justicia en la Unión europea – Desarollos en el ámbito europeo y en los ordenamientos nacionales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

[1410] L. CADIET, « Conclusion d'un processualiste », *op. cit*., p. 212. L. Cadiet relève que cette osmose s'impose au niveau régional avec le développement en Europe d'une communauté supranationale intégrée dont la constitution se fait à partir d'une délégation de pans successifs de leur souveraineté par les États membres de l'Union européenne.

[1411] L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit*., p. 137-138.

[1412] *Ibid.*, p. 118.

811. ***La naissance d'un droit judiciaire européen***. Dans ce cadre, apparaît un droit judiciaire européen qui peut être présenté, comme étant à la fois le résultat de la procéduralisation du droit international privé et de l'internationalisation du droit judiciaire privé[1413]. Comme l'a relevé L. Cadiet, l'évolution contemporaine du droit européen suggère une *« catégorisation des mécanismes de coordination en les classant par grades »*[1414] : le grade inférieur correspond à l'abstention d'une juridiction nationale de traiter l'affaire au profit d'une juridiction étrangère et le grade supérieur consiste à la coopération directe des juges étrangers dans le règlement de la même affaire internationale – le degré de coordination supérieure exige une certaine intégration entre les systèmes juridiques.

La réglementation de la coopération entre les juridictions européennes est assurée par l'adoption de dispositions spécifiques pour les questions de procédure au moyen de règles matérielles européennes[1415], l'objectif de l'entraide étant d'améliorer l'efficacité des procédures afin de parvenir à une solution équitable et rapide de l'affaire et non pas de préserver la souveraineté nationale, ni l'intérêt public.

812. ***Une vision globale du litige***. La construction d'un modèle d'instance internationale intégrée fondé sur le dialogue, qui s'instaure entre juges à l'occasion d'une affaire donnée, permet d'avoir une vision globale du litige où les juges s'estiment *« comme des pièces d'une mécanique internationale qui les dépasse et qui correspondrait à une véritable instance internationale »*[1416]. La coordination internationale du règlement du litige se réalise à travers une approche globale, une *« globalisation du procès civil international »*[1417], qui a pour objectif

---

[1413] V. L. CADIET, « Conclusion d'un processualiste », *op. cit.*, p. 212 et du même auteur, « Towards a New Model of Judicial Cooperation in the European Union », in *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, L. Cadiet, B. Hess, M. Requejo Isidro (éds.), Nomos, 2015. L. Cadiet remarque que l'assimilation procédurale au sein de l'espace judiciaire européen est favorisée par l'institution de différents réseaux de coopération. Cette adaptation culturelle favorisera progressivement l'harmonisation des règles procédurales nationales elles-mêmes. C'est la raison pour laquelle l'Union européenne souhaite renforcer le réseau judiciaire européen afin que la communication entre les tribunaux devienne une réalité dans la vie judiciaire quotidienne.

[1414] L. CADIET, « Towards a New Model of Judicial Cooperation in the European Union », *op. cit*. et du meme auteur « Conclusion d'un processualiste », *op. cit.*, p. 213.

[1415] V. sur ce point, E. JEULAND, *Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique*, Trav. Comité fr. DIP, 2008-2010, p. 55 et s..

[1416] P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Conclusions d'un internationaliste », *op. cit.*, p. 201.

[1417] M.-L. NIBOYET, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *op. cit.*, n° 4-6. L'auteure propose d'intensifier la coopération judiciaire européenne en matière de conflits de procédures parallèles sur le modèle d'instruments plus avancés, conçus sur le plan mondial, et notamment l'avant-projet de Convention de La Haye sur la compétence internationale et les effets des jugements adopté le 30 octobre 1999. Dans cette optique, en s'inspirant des articles 21 et 22 dudit avant-projet, les règles de la litispendance européenne et le caractère automatique de la priorité donnée au juge premier saisi peuvent être assouplis, en permettant au juge saisi en premier de surseoir à statuer, s'il estime que des circonstances exceptionnelles font apparaître que c'est le juge saisi en second qui est le mieux placé pour connaître du litige. Ce mécanisme de renvoi

de rechercher une convergence de vues entre les juges de pays différents sur le traitement procédural du litige.

Dans cette perspective, le litige international ne doit pas être conçu comme étant exclusivement à l'un ou à l'autre des États avec lesquels il est en contact, mais il doit être considéré comme étant *« commun aux différentes justices qui le touchent, ce qui empêche l'un ou l'autre des ordres en conflit de prétendre au monopole absolu concernant le litige en cause »*[1418]. Ainsi, il faudrait renoncer à l'exclusivité de la règle de compétence directe et adhérer à l'idée d'une compétence concurrence des justices étatiques. Cette solution semble être facilitée dans le cadre d'un espace judiciaire intégré comme celui formé par l'Union européenne.

§2 L'assouplissement de l'exclusivité de la compétence juridictionnelle au sein de l'espace judiciaire européen

813. Il serait, à présent, intéressant de voir comment les mécanismes de coopération interjuridictionnelle peuvent, concrètement, constituer une solution alternative à l'exclusivité de la compétence dans les relations entre les États membres de l'Union européenne. En se fondant sur ces mécanismes, les compétences exclusives pourraient se transformer en compétences spéciales, dans des matières non liées à l'intervention de l'État en tant que puissance publique (I).

Dans ce contexte, il faut attribuer une marge d'appréciation au juge saisi, en instaurant un dialogue transfrontière entre les juridictions des États membres (II). Si cette solution semble trop radicale, il serait souhaitable d'adhérer au moins à son volet relatif au traitement des questions incidentes (III).

---

de compétence peut contribuer à l'ouverture d'un véritable dialogue entre les juges prenant appui sur le réseau judiciaire européen, dispensant les plaideurs de la charge d'une double procédure. Les juges concernés pourraient ainsi se concentrer pour prendre ensemble une décision sur un aspect du litige *via* ce dialogue judiciaire transfrontière et ils devraient profiter des facilités procurées par le réseau européen, comme la technique de la vidéoconférence pour réaliser un véritable débat contradictoire. Le rôle régulateur du juge s'accroît, mais ceci est inévitable dans un espace intégré de libertés. V. aussi C. KESSEDJIAN, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », doc. prél. N° 7 d'avril 1997, Conférence de La Haye de droit international privé, n° 150.

[1418] *Ibid.*, p. 195.

I. La transformation des compétences exclusives en compétences spéciales dans des matières non liées à l'intervention de l'État en tant que puissance publique

814. ***La différence de régime juridique entre les rapports entre les pays de l'Union et ceux impliquant un pays tiers***. Il convient de noter, à titre préliminaire, qu'une différence sur le régime des règles de compétence peut exister entre les procédures internes à l'Union européenne et celles qui impliquent un État tiers. Ainsi que le souligne E. Pataut, la différence de régime juridique concernant d'une part les relations entre les États membres et d'autre part les relations avec les États tiers est décrite par l'expression de double internationalité interne et externe et porte non seulement sur les règles de compétence mais aussi sur les régimes de coopération procédurale particuliers ainsi que sur la circulation des jugements[1419]. Cette différence s'explique par la coopération judiciaire plus étroite qui est mise en place entre pays de l'Union et comme nous l'avons pu constater dans les sections précédentes, la portée matérielle de cette coopération s'est élargie à différents domaines du droit international privé dans l'ordre juridique interne à l'Union.

815. ***La possibilité d'assouplir l'exclusivité de la compétence dans les relations entre les États membres***. Par conséquent, il est possible d'envisager la remise en cause de l'exclusivité des règles de compétence et l'assouplissement de leur régime, lorsqu'est en cause la compétence concurrente des juridictions d'un État membre. Plus précisément, nous avons mentionné que l'article 24 RBI *bis*, qui prévoit des compétences exclusives à raison de la matière, comporte des règles de compétence internationalisées, dans la mesure où elles s'appliquent indépendamment du domicile du défendeur.

816. ***La justification insuffisante des compétences exclusives prévues en matière civile et commerciale et la rigidité de leur régime***. La justification de ces règles tient à la prépondérance de l'élément étatique dans le litige, puisqu'on considère traditionnellement que les matières visées par la disposition entretiennent un lien étroit avec l'État dont les juridictions sont rendues exclusivement compétentes. L'exclusivité de la compétence s'explique aussi par l'impérativité de la loi applicable au fond et la nécessité de faire coïncider le *forum* et le *jus*. Il faut, par

[1419] E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS éditions, 2013, p. 33. V. aussi J.-S. BERGÉ, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *Trav. comité. fr. DIP* 2004-2006, p. 29.

ailleurs, rappeler que le régime de ces règles est très rigide, étant donné qu'elles sont dotées d'une force obligatoire particulièrement contraignante[1420]. En effet, elles prévalent sur toutes les autres règles de compétence, sont susceptibles d'être soulevées d'office par le juge et leur méconnaissance constitue une cause de refus de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères qui ne les respectent pas.

Toutefois, nous avons expliqué auparavant que les arguments liés à la souveraineté étatique, qui sont avancés afin de justifier les fors exclusifs, ne sont pas à l'abri de tout reproche et peuvent être remis en question. Dans la plupart de matières visées par l'article 24 RBI *bis*, le lien entre le litige et la souveraineté de l'État concerné ne semble pas incontestable et des objections peuvent être formulées quant à l'argument tiré de la solidarité nécessaire entre la compétence et la loi, afin de préserver l'impérativité de cette dernière[1421].

817. ***Le maintien des compétences exclusives dans des matières relatives à l'intervention de l'État en tant que puissance publique***. Dans ces conditions, on peut considérer que les fors exclusifs n'ont pas leur place dans le système judiciaire européen, qui est fondé sur la confiance mutuelle et la coopération et il serait souhaitable de rechercher une solution alternative à l'exclusivité de la compétence juridictionnelle. Comme le propose D.P. Fernández Arroyo, on pourrait conserver les compétences exclusives relatives à l'intervention de l'État en tant que puissance publique, c'est-à-dire les fors exclusifs en matière de validité des inscriptions sur les registres publics et en matière d'exécution des décisions étrangères[1422].

Il convient de rappeler que la compétence exclusive en matière de validité des inscriptions sur les registres publics concerne un contentieux très particulier, celui de la validité formelle des inscriptions, impliquant la mise en œuvre des règles du droit public de l'État membre détenteur du registre. Il s'agit, alors, d'une règle de compétence classique et incontestable, comme le démontre l'absence de jurisprudence de la CJUE à propos de celle-ci[1423].

818. Quant à la règle de compétence exclusive en matière d'exécution des décisions, nous avons précisé que son domaine d'application doit être interprété strictement. Elle ne concerne

[1420] V. *supra* n° 47 et s..
[1421] V. sur ces points *supra* n° 137 et s..
[1422] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, p. 238, n° 211.
[1423] V. *supra* n° 129 et s. ; n° 165 et s..

que le contentieux relatif à la réalisation matérielle des mesures d'exécution forcée[1424]. Le contentieux de l'autorisation des mesures conservatoires échappe à la compétence exclusive des tribunaux du lieu d'exécution de la mesure ainsi que celui de la réalisation, purement intellectuel, de la mesure d'exécution portant sur des biens incorporels, n'impliquant aucune intervention matérielle à l'étranger.

À ce titre, il faut rappeler que des mesures d'exécution internationales ont été instituées au sein de l'Union européenne, avec la mise en place d'une procédure européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, autorisant la saisie conservatoire des comptes bancaires situés dans d'autres États membres que celui dont la juridiction a été saisie de la demande d'ordonnance, laquelle est exécutoire dans les pays d'Union sans formalité[1425].

819. ***La transformation des compétences exclusives en compétences spéciales***. Concernant les fors exclusifs prévus dans les autres domaines, à savoir la matière immobilière, la matière sociétaire et celle de validité des titres de propriété intellectuelle, il serait préférable de transformer ces compétences exclusives en compétences spéciales. Nous rappelons que les litiges visés dans l'article 24 RBI *bis* concernent les actions fondées sur un droit réel immobilier, les contestations relatives à l'existence et à l'exécution d'un contrat de bail, la validité des sociétés et des décisions de leurs organes, ainsi que la validité de droits intellectuels.

Dans ce scénario d'élimination des fors exclusifs, la compétence du juge du lieu de situation de l'immeuble, celle du juge du siège[1426] de la société, ainsi que la compétence du juge du lieu d'enregistrement du titre de propriété intellectuelle auront un caractère spécial, tolérant la

[1424] Nous avons précisé que l'action en opposition à exécution doit aussi relever de la compétence exclusive de l'État membre d'exécution. Concernant les moyens soulevés à titre incident dans le cadre d'une telle action et tenant au fond du litige, il nous semble souhaitable d'attribuer une compétence facultative au juge exclusivement compétent à propos de ces demandes incidentes, à condition que les moyens portent sur le droit à exécution du créancier et n'aient pas été déjà débattus devant le juge d'origine. Le caractère facultatif de la compétence incidente permettrait au juge de déterminer s'il est opportun qu'il accepte de connaître de la question au fond, en prenant en compte les différents éléments du litige et surtout le lien de la demande incidente à la demande principale ainsi que le caractère sérieux de la difficulté soulevée par la question accessoire. S'il se prononce non compétent pour connaître de la demande invoquée en cours d'instance, il peut surseoir à statuer et soit imposer au plaideur un délai afin de saisir le juge étranger soit transférer directement la question au juge compétent (v. *supra*, n° 261 et s.).
[1425] V. sur ces points *supra* n° 163-164.
[1426] Sur l'interprétation uniforme de la notion du siège, v. *supra* n° 545 et s. On peut retenir en tant que rattachement de principe le critère du siège statutaire, sous réserve de la fraude, compétence revenant en ce cas au juge du siège réel. En cas de dissociation artificielle des sièges statutaire et réel et lorsque la fictivité porte sur le critère de rattachement de principe, il faut admettre la possibilité de saisir le juge du siège réel.

compétence concurrente de la juridiction d'un autre État membre[1427] [1428]. Plus précisément, dans les matières visées, il faudra admettre la compétence concurrente du juge du lieu du domicile du défendeur (article 4 RBI *bis*), du juge du contrat (article 7 §1 RBI *bis*), ainsi que du juge du lieu du délit (article 7 §2 RBI *bis*).

L'hypothèse envisagée est, par exemple, celle où le juge du lieu du domicile du défendeur ou le juge du contrat, saisi d'une demande d'indemnisation au titre de la violation d'un contrat de vente d'immeuble situé dans un autre État membre, doit trancher à titre incident une question concernant la propriété de l'immeuble – cette question pourrait également être posée à titre principal devant le juge d'un pays de l'Union autre que celui où est situé l'immeuble.

Nous pouvons, aussi, imaginer le cas où dans le cadre d'une action en paiement de dividendes d'une société établie dans un autre État membre ou d'une action relative à la validité d'un contrat ou de toute autre action mettant en cause la personne morale, le juge du lieu du domicile du défendeur ou le juge du contrat est invité à se prononcer par voie d'exception sur la question de la validité de la société ou de la validité d'une décision prise par ses organes – cette question pourrait aussi être soulevée par voie d'action devant le juge d'un État membre autre que celui du siège de la société.

Quant à la matière de propriété intellectuelle, l'hypothèse visée est celle où la juridiction d'un État membre, saisie d'une action en contrefaçon ou d'une action portant sur l'exécution d'un contrat de licence, doit statuer à titre préalable sur la validité du droit de propriété intellectuelle enregistré dans un autre pays de l'Union – cette question pourrait également être

[1427] On pourrait penser que l'abandon de la règle de compétence exclusive serait contraire à la sécurité juridique, en favorisant le *forum shopping*, dans la mesure où une telle règle détermine un for unique compétent pour connaître du litige. Cependant, la suppression de la compétence exclusive ne favorise pas nécessairement le *forum shopping*, dans la mesure où un nombre limité de tribunaux, autres que ceux qui auraient une compétence exclusive en la matière, pourraient être saisis, à condition que le litige présente un lien suffisant avec le for, v. en ce sens à propos de la matière de propriété intellectuelle B. UBERTAZZI *Exclusive jurisdiction in intellectual property*, Mohr Siebeck, 2012, p. 442-443. Par ailleurs, comme le relève l'auteure, l'existence de plusieurs juridictions compétentes pour une même affaire est la situation typique du système de Bruxelles, qui établit un véritable droit au *forum shopping* – il établit une compétence générale et plusieurs compétences spéciales concurrentes.

[1428] Nous avons déjà mentionné qu'en matière immobilière, l'inclusion des contrats de bail dans le champ de la compétence exclusive a suscité plusieurs difficultés et a conduit à une *« étrange dérogation autorisant l'improbable figure de la « double compétence exclusive » en matière de location de courte durée »* (E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », *op. cit.*, p. 39. V. aussi *supra* n° 204 et s.). Dans ce cadre, il a été proposé d'exclure les baux d'immeubles de la compétence exclusive pour les intégrer soit aux règles relatives aux contrats de consommation soit à la matière contractuelle et prévoir une option de compétence spéciale, en faveur du juge du lieu de situation de l'immeuble.

invoquée à titre principal devant le juge d'un État membre autre que celui du lieu d'enregistrement du titre.

Il convient de préciser que dans le cadre d'une action relative à l'exécution d'un contrat de licence, peut être saisi le juge du lieu du domicile du défendeur ainsi que le juge du contrat. Dans le cadre d'une action en contrefaçon, peuvent être saisis le juge du pays où le droit est protégé et où l'atteinte aurait été commise[1429] (article 7 §2 RBI *bis*), le juge du pays du domicile du défendeur[1430], voire celui du domicile d'un codéfendeur[1431] (article 8 §1 RBI *bis*).

II. L'attribution d'une marge d'appréciation au juge saisi en instaurant un dialogue transfrontière entre les juridictions des États membres

820. Dans le cadre de ce système alternatif d'organisation de compétences que nous proposons à propos de matières visées par les fors exclusifs, il faudra distinguer selon que la question posée au juge autre que celui doté d'une compétence spéciale soit invoquée à titre principal (A) ou à titre incident (B).

A. L'hypothèse de question invoquée à titre principal

821. ***Un cas de figure plutôt rare***. Quant à l'hypothèse où la question est soulevée par voie d'action, elle ne doit pas se produire souvent, car – comme le souligne D. P. Fernández Arroyo – dans la plupart des cas, les litiges portant sur une des matières visées par l'article 24 RBI *bis* seront jugés devant les tribunaux désignés par cette disposition, lesquels ont le lien le plus important avec l'affaire[1432].

[1429] Le juge du lieu de la contrefaçon voit sa compétence limitée aux frontières de son territoire, le privant de la possibilité de se prononcer sur des actes de contrefaçon commis dans un autre État membre. La désignation d'un juge sur ce fondement permet au titulaire de droits de propriété intellectuelle de centraliser le contentieux devant le juge du lieu du délit, lorsqu'il est confronté à des actes commis dans un seul pays par plusieurs contrefacteurs domiciliés dans divers États membres.

[1430] Le juge du lieu du domicile du défendeur bénéficie d'une compétence de principe, qui lui permet de statuer sur l'ensemble des actes commis sur le territoire de l'Union européenne. Cette compétence est utile en présence d'un seul défendeur ayant accompli des actes de contrefaçon dans différents États membres.

[1431] Lorsque plusieurs codéfendeurs domiciliés dans divers États membres sont poursuivis pour des actes de contrefaçon commis dans différents États membres, l'article 8 §1 RBI *bis* permet de centraliser le contentieux devant une seule juridiction. Sur l'évolution de la jurisprudence en matière de contrefaçon plurilocalisée, v. *supra*, n° 281 et s..

[1432] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, p. 238, n° 211.

Force est de rappeler que s'agissant de la compétence exclusive en matière de sociétés, le rapport Jenard précise que cette règle *« aboutira le plus souvent à l'application de l'adage traditionnel actor sequitur forum rei »*[1433], ce qui veut dire que les litiges visés par l'article 24 §2 RBI *bis* seront jugés le plus souvent devant les juridictions du siège en tant que tribunaux du lieu du domicile du défendeur.

Autrement dit, les litiges qui portent principalement sur les aspects internes de la vie d'une société – à sa validité ou à la validité des décisions prises par ses organes sociaux – seront portés, le plus souvent, auprès des tribunaux de son siège, puisque la société est le plus souvent la partie défenderesse dans le cadre de ces différends et que ces juridictions présentent le lien le plus important avec l'affaire. Par ailleurs, certains instruments de *soft law* ont aussi proposé l'abandon de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle lorsque la question de la validité du titre est soulevée à titre principal devant le juge d'un État autre que celui du lieu d'enregistrement[1434].

822. ***La nécessité d'accorder une marge de manœuvre au juge saisi***. Toutefois, dans le cas où le juge d'un État membre est saisi à titre principal d'une demande portant sur la propriété ou un autre droit réel à propos d'un immeuble situé dans un autre pays de l'Union, la validité d'une société ou d'un droit intellectuel enregistrés dans un autre État membre, on peut lui accorder une marge d'appréciation.

823. ***Le transfert de compétence***. S'il estime que la question est complexe, il doit pouvoir refuser d'exercer sa compétence, en s'inspirant de la théorie du *forum non conveniens*, et

---

[1433] Rapport Jenard/Möller, JOCE, N° C 189/57, p. 35. V. *supra* n° 218.

[1434] Article 211 (2) ALI Principles (American Law Institute Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes, adoptés le 14 mai 2007) ; Article 103 (3) Transparency Proposal (Transparency of Japanese Law Project, Transparency Proposal on Jurisdiction, Choice of Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Intellectual Property, finalisés en 2009). Les ALI Principles prévoient certaines conditions, à savoir la résidence du défendeur dans l'État du for et l'enregistrement du titre en cause dans plusieurs pays ; au contraire, aucune condition n'est prévue par le Transparency Proposal – il suffit qu'il y ait un critère de compétence sur lequel les tribunaux japonais peuvent se fonder. Selon ces textes de *soft law*, la décision du juge sur la question principale de validité du titre étranger, et notamment la décision d'annulation, auront un effet *inter partes*. Toutefois, nous avons expliqué les inconvénients d'une telle solution qui peut conduire à des situations boiteuses, si un même droit de propriété intellectuelle est considéré comme inexistant entre les parties et valable à l'égard des tiers. V. *contra* B. UBERTAZZI *Exclusive jurisdiction in intellectual property*, *op. cit.*, p. 257. D'après l'auteure, *« the judgment will still become res juridicata for the parties with respect to its object (…) it is perfectly conceivable that the parties will comply voluntarily with a judgment on validity of a foreign IPR, being for instance just in need of legal certainty and aiming at avoiding further litigation between themselves, especially when the IPRs at stake are registered in many different jurisdictions (…) for once the court of one commercially significant jurisdiction declares a foreign patent invalid, the patentee cannot easily enforce the right, or counterpart rights, against any other party ».*

renvoyer l'affaire au juge doté de la compétence spéciale considéré comme mieux placé pour connaître du litige[1435]. À l'image du mécanisme instauré en matière familiale, le juge saisi peut surseoir à statuer et soit impartir un délai au plaideur pour saisir la juridiction de l'autre État membre soit transférer directement l'affaire à celle-ci, ce qui constitue une démarche moins chronophage, puisqu'elle dispense les plaideurs de la charge d'une double procédure. Cette approche rejoint l'analyse faite par L. d'Avout selon laquelle les nouvelles formes de coordination des justices étatiques peuvent donner lieu à un modèle commun d'instance internationale intégrée réalisant une forme de délocalisation du litige par transfert de la compétence juridictionnelle à un juge étranger mieux placé[1436].

824. ***La généralisation du renvoi au juge mieux placé***. Ainsi que le remarque V. Égéa, la généralisation du renvoi au juge mieux placé pourrait constituer un mécanisme de coopération fort utile pour l'espace judiciaire civil européen dans son ensemble. *« La crédibilité de l'espace judiciaire européen suppose de généraliser, dans un nombre important de matières, ce mécanisme. Il s'agirait là d'une expression bien plus constructive du principe de confiance mutuelle (…) et la marque de l'existence d'un espace judiciaire véritablement intégré »*[1437].

Le renvoi au juge mieux placé, fondé sur un dialogue entre juges, peut servir de modèle bien au-delà du seul domaine de responsabilité parentale – il constitue une sorte de clause d'exception, une sorte de correctif mis en œuvre en matière de détermination de la compétence, qui permet d'assouplir les règles de compétence *« tout en luttant contre les comportements procéduraux qui, de manière déloyale, exploitent les règles de compétence à des fins étrangères à une bonne marche de l'instance »*[1438].

825. ***La possibilité pour le juge de se prononcer sur la question en assurant la bonne application de la loi étrangère***. Si, au contraire, le juge saisi considère que la question posée

[1435] Cette solution peut être rapprochée de celle proposée par F. Mailhé concernant le droit français et permettant au juge de prononcer une fin de non-recevoir pour défaut d'intérêt légitime à agir en cas de compétence exclusive d'un État tiers (v. F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, *op. cit*, n° 776 et s. ; v. *supra* n° 366) – avec la différence qu'ici il n'est pas en cause la compétence exclusive d'un État tiers mais la compétence spéciale du juge d'un autre État membre (v. *supra* n° 747 et s., le jugement du Tribunal de commerce de Paris 31 janv. 2012, *RG* n° 2011-030421). Néanmoins, ainsi que nous l'avons précisé, il semble difficile à mettre en œuvre une telle solution dans le cadre européen, car elle suppose une harmonisation poussée en matière de procédure civile et une définition autonome des notions, comme « l'intérêt à agir ».

[1436] V. *supra* n° 809 ; L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit*., p. 136-137.

[1437] V. ÉGÉA, « Une source d'inspiration pour l'espace judiciaire civil européen : le Règlement Bruxelles II *bis* », in M. Douchy-Oudot et E. Guinchard (dir.), *La justice civile européenne en marche*, colloque Dalloz p. 37.

[1438] *Ibid.*, p. 44.

ne soulève pas de difficulté sérieuse, il pourrait en statuer mais dans ce cas-là il faut s'assurer de la bonne application de la loi étrangère[1439] afin de garantir la reconnaissance et l'exécution du jugement. Ce dernier ne peut avoir qu'un effet *erga omnes*, car il n'est pas cohérent de raisonner en termes de nullité *inter partes* pour les titres de propriété intellectuelle et les sociétés – la société ou le titre annulé dans les relations entre les parties ne peut pas être considéré comme valable à l'égard des tiers. De la même façon, un droit réel n'a de sens que s'il est attribué avec effet *erga omnes*.

Il convient de rappeler, à cet égard, qu'en droit suisse de l'arbitrage international, l'arbitre siégeant en Suisse peut statuer sur la validité d'un brevet national soulevée par voie d'action et sa décision bénéficie d'un effet absolu. La nullité du brevet prononcée par l'arbitre va entraîner la radiation de l'inscription du titre du registre des brevets, à condition que la sentence ait été déclarée exécutoire. Le droit belge va même plus loin, puisqu'il admet que la décision d'annulation du brevet national par une sentence arbitrale aura un effet *erga omnes*, sous réserve de la tierce opposition, sans distinguer selon que la question de validité soit invoquée à titre principal ou à titre incident[1440]. Il ne paraît pas justifié d'accorder un traitement plus favorable à l'arbitre par rapport au juge étranger dans ce domaine.

Par ailleurs, il est intéressant de remarquer que C. Kessedjian précise, dans son rapport relatif au projet de Convention de La Haye sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale[1441], qu'il est possible de ne pas prévoir une compétence exclusive en matière de baux d'immeubles mais dans ce cas-là il faut être vigilant sur l'application par le juge saisi de la loi applicable au lieu de situation de l'immeuble et d'éventuelles règles d'ordre public prévues par cette dernière afin d'assurer l'exécution du jugement dans l'État du *situs*.

L'auteure constate également que l'argument soulevé pour justifier la compétence exclusive dans le domaine de baux d'immeubles et tenant à la nécessité d'effectuer des constatations sur

[1439] Nous supposons que la règle de conflit de lois du for désigne en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, en matière de validité des sociétés et dans le domaine de validité des titres de propriété intellectuelle, la loi de l'État du lieu de situation de l'immeuble, celle du lieu du siège de la société et la loi du lieu d'enregistrement du titre en tant que loi de l'État qui présente un lien important avec le litige.
[1440] V. *supra* n° 603 et s..
[1441] C. KESSEDJIAN, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 8 de novembre 1997), n° 84.

place au lieu de situation de l'immeuble, perd sa valeur, dans la mesure où les États parties à la future Convention pourront bénéficier des mécanismes de coopération mis en place par la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger.

826. ***Le recours aux mécanismes de coopération mis en place en matière de recherche des preuves et dans le domaine d'accès au contenu du droit étranger***. Même si le projet de Convention de La Haye sur la compétence et les effets des jugements dans le domaine civil et commercial a finalement échoué, on peut, en s'inspirant de ces constatations de C. Kessedjian, considérer qu'au sein de l'espace judiciaire européen et dans les matières où on envisage la transformation des compétences exclusives en compétences spéciales, il est possible de recourir aux dispositifs de coopération plus sophistiqués prévus dans le domaine d'obtention des preuves à l'étranger, lorsque cela s'avère nécessaire et notamment en matière de baux d'immeubles. En outre, comme nous l'avons souligné, il est indispensable de garantir la bonne application de la loi étrangère afin que le jugement puisse être exécuté à l'étranger et surtout dans l'État membre dont le juge est doté d'une compétence spéciale en la matière.

Ainsi, si la mise en œuvre de cette loi se révèle être une tâche difficile, il faudra exploiter les mécanismes de coopération européens instaurés afin de faciliter l'accès au contenu des lois nationales. Un véritable dialogue entre les juges prenant appui sur le réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale peut être mis en place. À travers ce réseau, le juge d'un État membre qui doit appliquer la loi d'un autre pays de l'Union peut recourir directement à un juge de cet État afin d'obtenir des informations au sujet du contenu de cette loi, en profitant même des facilités énormes de communication à disposition des juges, comme la technique de la vidéoconférence[1442]. Comme le relève E. Pataut, l'assouplissement d'une règle de compétence exclusive est envisageable, s'il est possible de s'assurer que la politique législative de l'État visé par la règle serait mise en œuvre ailleurs que sur le territoire de l'État en cause[1443].

827. ***Le juge étranger agissant en tant que délégué de l'ordre juridique prépondérant***. Nous pouvons rapprocher cette solution de la méthode de référence à l'ordre juridique

[1442] V. *supra* n° 768 et s., où nous avons évoqué que des outils informatiques et des plateformes en ligne ont été aussi développés par l'Union européenne pour faciliter et élargir l'accès aux droits nationaux. Un réseau de coopération législative a été également établi entre les ministères de la Justice des États membres, qui permet d'améliorer l'échange d'informations entre les États membres sur la législation en vigueur, contribuant ainsi à une meilleure compréhension des lois nationales.
[1443] E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », *op. cit.*, p. 38.

prépondérant ou de la *foreign court theory*[1444]. Dans les matières visées par les compétences exclusives, on peut voir non pas la nécessité d'établir une compétence exclusive afin de préserver la bonne application de la loi de l'État en cause mais l'existence d'un ordre juridique prépondérant, qui admet la concurrence juridictionnelle et fait confiance aux juges étrangers, acceptant qu'ils connaissent d'un litige qu'il aurait pu se réserver, à condition que ceux-ci respectent sa loi. Une telle approche peut trouver un terrain privilégié pour se développer dans un espace judiciaire intégré, comme celui de l'Union européenne.

Le juge étranger prend en compte l'existence d'un for plus approprié, appelé for de référence, et statue comme s'il en était le délégué, le représentant éloigné, jugeant aussi exactement que possible comme aurait jugé ce for plus approprié[1445]. En raison de l'internationalisation des rapports privés, il peut arriver que des litiges relatifs au statut réel d'un immeuble situé dans un autre État membre, à la validité d'une société ou d'un titre de propriété intellectuelle enregistrés dans un autre pays de l'Union, soient tranchés dans un autre État membre que celui du lieu de situation de l'immeuble, du lieu du siège de la société ou de celui d'enregistrement du droit intellectuel.

828. ***L'harmonisation matérielle dans certaines matières visées par les compétences exclusives.*** Il convient, par ailleurs, de remarquer que certaines matières visées par les règles de compétence exclusive, ont fait l'objet d'une harmonisation matérielle au niveau européen, ce qui permet de rapprocher les législations nationales des États membres et faciliter la mise en œuvre de la loi étrangère par le juge saisi.

C'est le cas dans le domaine de la propriété intellectuelle, où l'harmonisation matérielle des lois nationales en matière de marques est assurée par la directive 2015/2436 et grâce à la

[1444] V. *supra* n° 215-216, v. aussi P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*. Cours général de droit international privé, RCADI, 1986, vol. 196, p. 157 et s. L'auteur précise que la *foreign court theory* constitue un correctif indirect apporté aux règles de compétence juridictionnelle inspiré par le principe de proximité. Elle intervient lorsqu'un for réputé faible est saisi d'un litige relevant normalement de la compétence d'un for étranger prépondérant. Dans ces conditions, le juge saisi statue en quelque sorte par délégation du juge mieux placé, en appliquant la règle de conflit de lois que de dernier aurait appliquée. La méthode de référence à l'ordre juridique prépondérant suit la même logique en subordonnant la création d'une situation juridique à sa reconnaissance par l'ordre juridique avec lequel cette situation présent les liens les plus étroits (v. aussi, P. PICONE, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI, 1986, t. 197).

[1445] V. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *op. cit.*, p. 158, n° 160.

Convention sur le brevet européen[1446], les lois nationales sont aussi substantiellement identiques, en matière de brevet européen – même si ce dernier se scinde en un faisceau de brevets nationaux soumis à une loi nationale distincte, ces lois diffèrent peu d'un État membre à l'autre. Les règles applicables à certains types de sociétés ont également fait l'objet d'une harmonisation matérielle sur le plan européen[1447]. L'harmonisation matérielle rend certain que la politique législative qui est à l'œuvre derrière la compétence exclusive sera suivie à l'identique dans les autres États membres, permettant alors d'atténuer l'exclusivité de la règle de compétence en confiant à d'autres que l'État désigné par cette règle le soin de réaliser ladite politique législative[1448].

829. ***Éviter le refus de reconnaissance et d'exécution de la décision en garantissant la bonne application de la loi étrangère par le biais des dispositifs de coopération***. Nous avons expliqué précédemment[1449] que la bonne application de la loi étrangère et son impérativité peuvent aussi être préservées à travers le contrôle curatif du jugement au stade de sa réception et de sa mise à exécution et non pas par le biais de l'édiction des règles de compétence exclusive. Au lieu de se réserver préventivement l'entier contentieux, il est possible de déléguer compétence aux juridictions étrangères, en se contentant d'un contrôle *a posteriori*. Un tel contrôle peut se réaliser au titre de la conformité de la décision étrangère à l'ordre public international du for[1450].

Malgré la suppression de l'*exequatur* dans le cadre européen, la personne contre laquelle l'exécution est demandée, peut agir en opposition à l'exécution, en se fondant sur la violation de l'ordre public de l'État membre requis. Même si la CJUE retient une conception restrictive de l'ordre public[1451], il n'est pas interdit de penser qu'en cas de mauvaise application de la loi impérative du for par le juge étranger, l'ordre public du for sera considéré comme affecté. Ainsi,

---

[1446] Il s'agit de la directive 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques et de la Convention sur la délivrance de brevets européens, signée à Munich le 5 octobre 1973.

[1447] V. la directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009. Nous avons aussi analysé la tentative d'harmonisation conflictuelle au niveau européen de la loi applicable en matière de sociétés. L'essor du critère du siège statutaire en matière de conflit de lois est inévitable mais le recours à ce critère ne doit pas être inconditionnel. Le rattachement de principe des sociétés par le siège statutaire doit souffrir de tempéraments en cas de fraude, c'est-à-dire en cas de siège statutaire fictif. Dans cette hypothèse-là, la loi du siège réel doit pouvoir intervenir en tant que correctif au rattachement volontaire, v. *supra* n° 525 et s..

[1448] V. E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », *op. cit*., p. 40-41.

[1449] V. *supra* n° 208 et s..

[1450] V. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, n° 193.

[1451] V. not. CJCE, 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, Aff. C-38/98, *Rev. crit. DIP* 2000. 497, note H. GAUDEMET-TALLON, *JDI* 2001. 696, obs. A. HUET

la prééminence de l'État membre requis et la préservation de l'impérativité de sa loi seront garanties sans recourir à la technique des compétences exclusives.

Toutefois, dans le cadre de la solution que nous proposons, il est possible d'éviter un refus de reconnaissance et d'exécution de la décision pour non-conformité à l'ordre public, si on s'assure de la bonne application de la loi avant le stade de la réception du jugement dans l'État membre requis *via* les mécanismes de coopération offerts aux juges de l'Union afin de faciliter l'accès au contenu des lois nationales. À travers le dialogue judiciaire transfrontière, le juge saisi pourra consulter l'avis de son homologue, pour garantir l'application appropriée de la loi étrangère.

B. L'hypothèse de question soulevée à titre incident

830. ***Un cas de figure plus fréquent***. Jusqu'à présent, nous avons analysé la première hypothèse plutôt rare où la question portant soit sur le statut réel d'un immeuble situé dans un autre État membre, soit sur la validité d'une société ou d'un droit intellectuel enregistrés dans un autre pays de l'Union, est posée à titre principal devant la juridiction d'un État membre autre que celle dotée d'une compétence exclusive selon le régime actuel ou d'une compétence spéciale selon la solution alternative que nous proposons, c'est-à-dire autre que celle du lieu de situation de l'immeuble, du lieu du siège de la société ou du lieu d'enregistrement du droit de propriété intellectuelle. Il convient, maintenant, de s'intéresser à l'hypothèse plus fréquente où cette question est invoquée à titre incident, en cours d'instance, devant une telle juridiction.

C'est par exemple le cas lorsque le juge du lieu du domicile du défendeur, saisi d'une action en dommages et intérêts relative à un bien immobilier situé dans un autre État membre, doit se prononcer à titre préalable sur la propriété de l'immeuble ou encore lorsque le tribunal saisi d'une action en paiement de dividendes d'une société établie dans un autre pays de l'Union, doit statuer à titre incident sur la validité de la décision de l'assemblée générale des actionnaires approuvant ce paiement. L'hypothèse visée est aussi celle où la juridiction saisie d'une action portant sur l'exécution d'un contrat de licence ou d'une action en contrefaçon, doit statuer à titre de question préalable, sur la validité d'un titre de propriété intellectuelle enregistré dans un autre État membre.

831. ***Accorder un pouvoir d'appréciation au juge initialement saisi***. Dans un tel contexte, il n'est pas souhaitable d'obliger systématiquement le juge à surseoir à statuer, car une telle solution porte atteinte aux besoins de l'économie de la procédure et à la bonne administration de la justice, entraînant dans tous les cas la scission du contentieux. Ainsi que nous l'avons mentionné précédemment[1452], il est préférable – à l'instar de l'hypothèse où la question est soulevée à titre principal – d'attribuer une marge de manœuvre au juge initialement saisi en renforçant les échanges et la coopération entre les juridictions des États membres.

832. ***Le transfert de la question au juge étranger***. Si le juge compétent au fond estime que la question incidente soulève de difficulté sérieuse, il pourrait surseoir à statuer et soit accorder un délai[1453] aux parties pour saisir le juge étranger doté de la compétence spéciale soit transférer directement la partie de l'affaire à celui-ci. En ce qui concerne cette dernière possibilité, il convient de rappeler qu'au lieu d'imposer aux parties un délai pour mieux se pourvoir, on peut imaginer l'instaurant, au niveau européen, d'un mécanisme de coopération entre les juges des États membres, leur permettant de se poser mutuellement des questions préjudicielles, à l'image du système de coopération qui permet aux juges nationaux de poser de telles questions à la CJUE.

Le juge initialement saisi pourrait, alors, transmettre directement la question incidente au juge mieux placé[1454] et attendre sa réponse, sans que les parties aient à le saisir elles-mêmes, ce qui rend la procédure moins chronophage. Cette approche semble correspondre à la constatation faite par L. d'Avout selon laquelle on assiste à l'internationalisation de l'instance étatique *via* l'association d'un juge étranger à la procédure[1455].

833. ***La faculté pour le juge de statuer sur la question en préservant la bonne application de la loi étrangère à travers les mécanismes de coopération.*** En revanche, si le juge compétent au fond considère que la demande préalable ne soulève pas de difficulté sérieuse, il pourrait –

[1452] V. *supra* n° 342 et s..
[1453] Si les parties ne respectent pas le délai, le procès reprendrait son cours et la question incidente ne pourrait plus être invoquée devant le juge saisi.
[1454] Son jugement pourra être reconnu et pris en compte dans la décision que le juge compétent au fond va prononcer.
[1455] V. *supra* n° 809 ; L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », *op. cit.*, p. 136-137.

comme nous l'avons dit à propos de l'hypothèse où la demande est invoquée par voie d'action – statuer sur la question[1456].

Il faut, pourtant, dans ce cas-là, préserver la bonne application de la loi étrangère afin d'assurer la reconnaissance et l'exécution du jugement étranger, qui doit être doté d'un effet *erga omnes*. Dans cette perspective, il convient d'inciter les juges à utiliser les dispositifs de coopération mis en place au sein de l'Union européenne pour simplifier l'accès au contenu des lois nationales, permettant aux juridictions de nouer un dialogue transfrontière, afin d'obtenir des informations quant au contenu de la loi étrangère et garantir sa bonne application.

834. ***La conclusion des clauses attributive de juridiction et la mise en œuvre de la règle de litispendance***. Concernant ce modèle alternatif d'organisation de compétences, que nous suggérons à propos de la plupart de matières visées par les fors exclusifs, et consistant à transformer les compétences exclusives en compétences spéciales au sein de l'ordre juridique européen, il convient de faire quelques précisions. Dans ce cadre, la conclusion des clauses attributive de juridiction au profit de la juridiction d'un État membre en matière immobilière, en matière sociétaire et dans le domaine de la propriété intellectuelle doit être possible[1457], ainsi que le jeu de la litispendance.

Néanmoins, il faut accorder au juge élu et au juge premier saisi le même pouvoir d'appréciation qui est attribué au juge d'un État membre saisi à titre principal ou incident d'une demande relative au statut réel d'un immeuble situé dans un autre État membre, à la validité d'une société ou d'un droit de propriété intellectuelle enregistrés dans un autre pays de l'Union – selon les modalités expliquées auparavant.

[1456] V. la décision du Tribunal de commerce de Paris 31 janv. 2012, *RG* n° 2011-030421 évoquée auparavant (v. *supra* n° 747 et s.). Dans cette affaire, le juge initialement saisi est invité à statuer par voie d'exception sur la question de la validité d'une société établie dans un autre État membre. Le Tribunal de commerce met l'accent sur le fait que la directive 2009/101 était applicable en l'espèce. Cette directive harmonise dans une certaine mesure les lois nationales en énumérant de manière limitative les cas de nullité des sociétés. V. aussi *supra* n° 651 et s. à propos des marques nationales. Nous avons expliqué qu'il est possible de s'inspirer du système juridictionnel spécifique mis en place pour les marques de l'Union européenne, lequel assouplit considérablement les rigidités liées à la compétence exclusive d'une juridiction unique, et attribuer une compétence incidente à la juridiction de l'État membre autre que celui de l'enregistrement de la marque, en renforçant la coopération et les échanges entres les tribunaux.

[1457] V. *supra* n° 320 et s. à propos de l'approche retenue par la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, laquelle permet au juge désigné par les parties de connaître de la question soulevée à titre préalable et portant soit sur le statut réel d'un immeuble situé dans un autre État contractant soit sur la validité d'une société ou d'un titre de propriété intellectuelle enregistrés dans un autre État contractant.

835. ***Le régime juridique dans les rapports entre les États membres et les États tiers***. Par ailleurs, les compétences exclusives qui sont prévues actuellement dans l'espace judiciaire européen vont continuer à exister dans les relations entre les États membres et les États tiers à l'Union européenne[1458]. Nous avons déjà précisé qu'une différence sur le régime des règles de compétences peut exister concernant d'une part les rapports entre les pays de l'Union et d'autre part les rapports avec les pays tiers, dans la mesure où les premières sont caractérisées par une coopération judiciaire beaucoup plus étroite. En d'autres termes, l'assouplissement des compétences exclusives ne peut être envisagé que lorsqu'est en cause la compétence concurrente des juridictions d'un État membre et non celle des tribunaux d'un État tiers.

836. ***L'existence des systèmes juridictionnels spécifiques***. Il faut, en outre, ajouter que notre solution alternative ne remet pas en cause les systèmes juridictionnels spécifiques mis en place, sur le plan européen, en matière de titres de propriété intellectuelle unitaires, c'est-à-dire en matière de marques de l'Union européenne et dans le domaine du brevet européen à effet unitaire[1459]. Dans ces matières, on assiste à la naissance d'un mécanisme véritablement fédéral de règlement de litiges, ayant pour assiette l'intégralité du territoire de l'Union européenne. La création d'un tel mécanisme suppose l'unification du droit substantiel, ce qui est le cas au niveau européen dans le domaine de la propriété intellectuelle.

837. ***L'éventuel recours à l'arbitrage***. Enfin, quant au recours à l'arbitrage, force est de rappeler que chaque État membre a la liberté d'admettre ou d'interdire l'arbitrabilité des matières visées par les règles de compétence exclusive[1460] – cela ne doit pas changer en cas de transformation de ces dernières en compétences spéciales. Si l'État membre admet le recours à l'arbitrage pour les litiges relatifs au statut réel des biens immobiliers et à la validité des sociétés ou des droits intellectuels, il faut suivre l'approche que nous avons proposée à propos de l'arbitrabilité du contentieux de l'annulation d'un titre de propriété intellectuelle[1461].

Plus précisément, il convient de distinguer deux hypothèses : la première vise la situation où le siège de l'arbitrage se trouve dans le pays de situation de l'immeuble, du siège de la société

[1458] Sur l'effet réflexe des compétences exclusives, v. *supra* n° 378s. et surtout n° 441-454.
[1459] V. *supra* n° 630 et s..
[1460] V. Rapport Jenard, sur les protocoles concernant l'interprétation par la Cour de justice de la Convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales et de la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, p. 93, n° 63.
[1461] V. *supra* n° 606 et s..

ou dans le pays d'enregistrement du titre. Dans ce cas, si l'arbitrabilité du litige est admise dans ce pays, il faut laisser l'arbitre statuer sur la question qu'elle soit posée par voie d'action ou par voie d'exception et attribuer à la sentence un effet *erga omnes*, à condition qu'elle ait été déclarée exécutoire par le juge.

La deuxième hypothèse concerne la situation où le siège de l'arbitrage se trouve dans un pays de l'Union autre que celui du lieu de situation de l'immeuble, du siège de la société ou du lieu d'enregistrement du titre. Dans ce cas, l'arbitre doit consulter la loi de cet autre pays afin de s'assurer de l'arbitrabilité du litige. Si elle admet le recours à l'arbitrage, la sentence aura un effet *erga omnes*, à condition d'avoir reçu l'*exequatur* devant le juge étatique.

Dans ce contexte, la coordination de la justice arbitrale et de la justice étatique est mise en place *via* la procédure d'*exequatur* ou le recours en annulation, dans le cadre desquels le juge étatique aura l'occasion de contrôler la sentence. On pourrait aussi permettre à l'arbitre de coopérer avec le juge étatique de la même manière que nous envisageons la coopération entre les juridictions des États membres dans des situations analogues[1462].

Si la question posée à l'arbitre à titre principal ou à titre incident soulève de difficulté sérieuse, il pourrait surseoir à statuer et soit impartir un délai aux parties pour saisir le juge étatique soit transférer l'affaire ou la question préalable à celui-ci. Si, au contraire, la demande ne soulève pas de difficulté sérieuse, il pourrait statuer sur la question et, si nécessaire, établir un dialogue avec le juge étatique pour garantir la bonne application de la loi et ainsi l'exécution de la sentence.

[1462] Sur la coopération croissante entre juges et arbitres v. K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, *op. cit.*, v. not. p. 97 et s. et p. 326 et s.. *« Justice étatique et arbitrage ne sont plus deux mondes complètement étanches l'un par rapport à l'autre »* (Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage judiciaire », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1992, p. 167, n° 5). K. Mehtiyeva souligne que dans la coopération judiciaire on peut intégrer l'interaction entre l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique étatique (sur l'autonomie de l'ordre juridique arbitral, v. not. E. GAILLARD, *Les aspects philosophiques de l'arbitrage international*, RCADI, vol. 329, 2007). L'arbitre peut être amené à coopérer avec le juge lors d'une instance. En effet, au sein d'une même instance peut coexister une pluralité d'ordres juridiques, étatiques et non étatiques. La conception pluraliste du droit admet la coexistence d'une pluralité de phénomènes juridiques. Selon certains auteurs, le pluralisme juridique est le fait que *« les mêmes personnes soient soumises à plusieurs ordres juridiques indépendants l'un de l'autre »* (F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p. 439 ; J. VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *R.J.J.*, 1993, p. 582 : selon cet auteur le pluralisme juridique est « la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnancements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation »). Dans ces conditions, un ordre juridique peut être amené à rencontrer un autre ordre juridique dans le cadre d'une même instance. Les rapports entre les différents ordres juridiques sont analysés comme des rapports de coordination et la coopération judiciaire permet de mettre en place un dialogue entre ceux-ci afin de contribuer à une bonne administration de la justice transfrontalière.

III. La nécessité d'adopter une solution alternative concernant le traitement des questions incidentes

838. ***Un système alternatif fondé sur la conception souple de la compétence***. Il est vrai que dans le système alternatif que nous proposons un large pouvoir d'appréciation est laissé au juge, ce qui n'apparaît pas conforme au principe de sécurité juridique, mais cette solution souple semble préférable à l'approche rigide, qui consiste à établir des compétences exclusives dans un espace judiciaire intégré et fondé sur la coopération et la confiance mutuelle, comme l'espace judiciaire européen.

La nécessité de flexibilité est beaucoup plus prégnante, lorsque la question relevant de la compétence exclusive du juge d'un État membre est soulevée par voie incidente devant la juridiction d'un autre pays de l'Union, car l'exclusive de la compétence de cette dernière entraîne systématiquement le morcellement du contentieux. Notre approche n'élimine pas le risque de la scission, voire de l'éparpillement du contentieux, au cas où le juge saisi décide de surseoir à statuer et surtout lorsqu'est en cause la validité d'un brevet européen, qui une fois délivré s'éclate en un faisceau de titres nationaux[1463]. Il s'agit, toutefois, d'une solution, qui est marquée par une certaine plasticité et paraît préférable à celle qui oblige dans tous les cas le juge saisi à surseoir à statuer ou à se déclarer incompétent.

839. ***La nécessité de recourir à une solution alternative en cas de questions incidentes afin d'éviter la dispersion du contentieux***. Si la solution que nous suggérons est considérée comme trop radicale, dans la mesure où elle préconise la transformation des compétences exclusives en compétences spéciales dans l'ordre juridique européen, il serait souhaitable d'adopter au moins son volet relatif au traitement des questions incidentes, en conservant les règles de compétence exclusive dont le champ d'application sera limité aux cas où la question visée est posée à titre principal – c'est-à-dire adopter son volet portant sur le traitement des questions relevant de la compétence exclusive du juge d'un État membre et soulevées par voie d'exception devant le juge d'un autre État membre. Comme nous l'avons mentionné, il s'agit de l'hypothèse qui survient le plus souvent en pratique et imposer dans tous les cas au juge saisi

[1463] La mise en place de la Juridiction unifiée du brevet (JUB) permettra de centraliser le contentieux aussi bien des brevets européens traditionnels que ceux à effet unitaire. Mais l'accord sur la JUB n'est pas encore entré en vigueur, et même s'il entre en vigueur, l'accord prévoit une période transitoire de sept ans, pendant laquelle la JUB exercera une compétence concurrente avec les juridictions nationales en matière de contrefaçon et de validité des brevets européens.

à surseoir à statuer nuit à la bonne administration de la justice, puisque cela entraîne systématiquement la fragmentation du contentieux.

Nous rappelons que selon notre approche dans une telle hypothèse, le juge compétent au fond peut, en fonction de la complexité de la question posée, soit surseoir à statuer et accorder un délai aux parties pour saisir le juge doté de la compétence exclusive ou transférer directement la demande auprès de celui-ci, soit statuer sur la question, en assurant la bonne application de la loi étrangère *via* les procédés coopération prévus en matière d'accès au contenu des lois nationales, afin de garantir la reconnaissance et l'exécution du jugement.

840. Ainsi que nous l'avons évoqué précédemment, il existe une autre approche encore plus modérée proposée par T. Azzi en matière de propriété intellectuelle[1464]. Selon celle-ci, lorsque le juge d'un État membre est appelé à statuer à titre incident sur la validité d'un brevet enregistré dans un autre pays de l'Union, il peut se prononcer lui-même si la validité du titre n'est pas douteuse. En revanche, si les arguments soulevés sur la nullité du brevet sont pertinents, il doit surseoir à statuer et impartir un délai du défendeur pour agir en annulation devant les juridictions du pays d'enregistrement. Cette solution peut aussi être étendue dans le domaine des sociétés et quant à la matière immobilière, il faudrait considérer que le juge initialement saisi doit surseoir à statuer, s'il est invité à statuer par voie d'exception à une demande portant sur le statut réel d'un immeuble situé dans un autre État membre.

Il convient, néanmoins, de se demander s'il n'est pas préférable de se diriger vers une approche, encore plus souple, à l'exemple de celle que nous proposons, attribuant une marge de manœuvre au juge saisi et lui permettant de se prononcer à titre incident sur la question, en exploitant les mécanismes de coopération mis en place au sein de l'Union européenne afin d'instaurer un dialogue transfrontière entre les tribunaux des États membres. Le modèle de compétence souple et coopératif peut fleurir dans un espace judiciaire fondé sur la confiance mutuelle et la coopération, comme est censé être l'espace judiciaire européen.

[1464] V. *supra* n° 337 et s. ; v. aussi T. AZZI, « Les conflits de procédures », in *Droit international privé et propriété intellectuelle : un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, C. Nourissat et E. Treppoz (dir.) 2010, p. 215.

Conclusion du Chapitre II

841. Dans ce dernier chapitre, nous avons exploré les mécanismes de coopération horizontale prévus tant au niveau international qu'européen, surtout en matière civile et commerciale. Le juge saisi d'un litige peut être amené à entrer en contact avec le juge d'un autre État, en cours d'instance, afin d'assurer une meilleure administration de la justice. Le passage, sur la scène mondiale, d'une coopération judiciaire indirecte – faisant intervenir systématiquement les autorités diplomatiques et consulaires – à une coopération semi-directe de type administratif témoigne de la volonté de faciliter les échanges entre les juridictions nationales.

L'introduction d'un mécanisme inspiré de la technique de *forum non conveniens* en matière de protection des mineurs est révélatrice de la nécessité de rendre plus souples les conditions de mise en œuvre des règles de compétence internationale. Le dialogue et la collaboration des juges étatiques peut même avoir lieu dans des situations où les juridictions concernées n'appartiennent à aucun système de compétence commun.

842. La coopération interjuridictionnelle est encore plus spectaculaire au sein de l'Union européenne, où des systèmes de coopération modernisés ont été mis en place non seulement en matière civile commerciale, mais aussi en matière familiale – avec l'instauration d'un mécanisme de compétence original fondé sur l'idée d'un for plus approprié – ainsi que dans des matières de droit public. On assiste à l'internationalisation de l'instance étatique *via* l'action commune des autorités des différents États concernés, qui peut aboutir jusqu'à une décision prise en commun par les juges relevant d'États différents.

Dans ce contexte où la coopération judiciaire devient de plus en plus poussée entre les États membres, on peut réfléchir à un modèle alternatif d'organisation des compétences au sein de l'ordre juridique européen, en renonçant en principe à l'exclusivité de la règle de compétence en matière civile et commerciale. Dans cette optique, il convient de mettre en place un mécanisme de règlement des litiges – fondé sur la compétence concurrence des juridictions des pays de l'Union – et d'attribuer une marge d'appréciation au juge saisi, en instaurant un dialogue transfrontière entre les tribunaux des États membres.

Conclusion de la Partie III

843. Il résulte de cette dernière partie que l'exclusivité de la règle de compétence subit d'affaiblissements sur le plan national, européen et mondial. L'admission en droit comparé de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des brevets, l'introduction par les textes européens d'une option au demandeur entre le for de l'immeuble et le for du domicile du défendeur en matière de baux immobiliers, ainsi que la limitation par les Conventions de La Haye du jeu des compétences exclusives au cas où le juge est saisi par voie d'action de la question visée, constituent les principaux signes d'assouplissement des compétences exclusives.

Dans l'espace judiciaire européen, on assiste aussi à la métamorphose de la compétence exclusive dans le domaine de la propriété intellectuelle par le biais de la création des titres unitaires assortis de systèmes juridictionnels spécifiques. Il s'agit de mécanismes de règlement des litiges propres à l'Union européenne et véritablement fédéraux, qui supposent l'unification du droit substantiel.

844. À côté de ces signes d'affaiblissement des compétences exclusives et de la mise en place des systèmes de justice spécifiques, il ne faut pas ignorer les différents mécanismes de coopération interjuridictionnelle instaurés au sein de l'Union européenne et qui apparaissent plus sophistiqués que ceux établis sur la scène mondiale. On peut, ainsi, s'interroger si ces dispositifs d'entraide peuvent constituer une solution alternative à l'exclusivité de la compétence dans les relations entre les États membres.

Il semble préférable, dans un espace judiciaire intégré, de mettre en place en matière civile et commerciale un système d'organisation de compétences plus souple que celui qui consiste à établir des compétences exclusives, au moins lorsque la question visée par la règle de compétence exclusive est soulevée par voie d'exception devant le juge d'un autre État membre. Un tel système doit s'appuyer sur les procédés coopératifs prévus dans l'espace judiciaire européen, permettant le dialogue entre les juges, et pouvant aller jusqu'à une décision prise en commun par les juges d'États différents.

CONCLUSION GÉNÉRALE

845. ***La remise en cause des fondements des compétences exclusives***. Il ressort des éléments analysés, dans le cadre de notre étude, que les fondements des compétences exclusives prévues en matière civile et commerciale ne sont pas à l'abri de tout reproche et font même l'objet d'une remise en cause. L'implication de la souveraineté étatique dans certains domaines visés, à savoir la matière immobilière, la matière de sociétés ainsi que le domaine de la propriété intellectuelle, est contestable.

La renonciation des États à exercer leur compétence juridictionnelle dans des matières inextricablement liées à l'idée de la souveraineté, comme celle d'investissements, démontre que même si la prépondérance de l'élément étatique est bien présente dans un domaine, elle ne requiert pas l'adoption d'une compétence exclusive. En outre, les considérations privatistes de commodité procédurale invoquées, afin de justifier les fors exclusifs, notamment la solidarité nécessaire entre la compétence et la loi du for, ne semblent pas très convaincantes.

846. ***La distorsion de la notion de compétence exclusive et la recherche des solutions alternatives.*** L'exception introduite en droit européen à propos de la compétence exclusive en matière de baux d'immeubles conforte cette idée, dans la mesure où le caractère exclusif de la compétence dans ce domaine s'explique surtout par l'impérativité de la loi du lieu de situation de l'immeuble. L'introduction, sous certaines conditions, d'une option de compétence au profit du demandeur entre la juridiction du lieu de l'immeuble et celle du domicile du défendeur, conduit à la distorsion de la notion de compétence exclusive, qui n'est pas compatible avec la possibilité d'une option de compétence.

La bonne application de la loi impérative du for pourrait être assurée par le biais de l'exception de l'ordre public international lors de la réception du jugement étranger. Elle pourrait aussi être garantie, au sein de l'espace judiciaire européen, en mettant en place un mécanisme de coopération interjudictionnelle fondé sur le dialogue judiciaire transfrontière, permettant au juge saisi de consulter l'avis de son homologue sur l'application de la loi, lorsque celle-ci s'avère être une tâche difficile.

847. ***Un modèle alternatif d'organisation des compétences***. Dans ces conditions, nous avons réfléchi à l'instauration d'un modèle alternatif d'organisation des compétences, au niveau européen, fondé sur la coopération entre les juges, renonçant à l'exclusivité de la compétence dans les relations entre les États membres. Plus précisément, nous avons proposé de maintenir les compétences exclusives seulement dans les matières liées à l'intervention de l'État en tant que puissance publique, c'est-à-dire en matière de validité des inscriptions sur les registres publics et dans le domaine d'exécution des décisions étrangères, interprété strictement.

Dans les autres domaines visés par les règles de compétence exclusive, à savoir la matière immobilière, la matière de sociétés et celle de propriété intellectuelle, il nous semble préférable de transformer les compétences exclusives en compétences spéciales, admettant en principe la compétence concurrente de la juridiction d'un autre État membre que celle du lieu de situation de l'immeuble, du siège[1465] de la société et du lieu d'enregistrement du titre de propriété intellectuelle.

Dans cette optique, il convient de distinguer selon que la question couverte par la compétence spéciale soit invoquée à titre principal ou à titre incident devant le juge d'un pays de l'Union autre que celui doté de la compétence spéciale. Il faut, ici, rappeler que les litiges visés concernent les actions fondées sur un droit réel immobilier, les contestations relatives à l'existence et à l'exécution d'un contrat de bail, la validité des sociétés et des décisions de leurs organes, ainsi que la validité des droits intellectuels.

848. ***L'hypothèse de question soulevée à titre principal***. Comme nous l'avons expliqué, la première hypothèse de question soulevée à titre principal, ne risque pas de se produire souvent, puisque les litiges visés seront, dans la plupart des cas, jugés devant les tribunaux désignés par les règles de compétence spéciale, en tant que ceux qui présentent le lien le plus important avec l'affaire.

Cependant, si une telle hypothèse survient, il est possible d'accorder une marge de manœuvre au juge saisi et lui donner la possibilité soit de transférer sa compétence au juge investi de la compétence spéciale considéré comme mieux placé pour connaître du litige, si la

[1465] Sur notre proposition concernant l'interprétation uniforme de la notion de siège, v. *supra*, n° 545 et s..

question posée est complexe ; soit de se prononcer sur celle-ci, si elle ne soulève pas de difficulté sérieuse.

Dans ce cas, on peut assurer la bonne application de la loi étrangère *via* les mécanismes de coopération mis en place au sein de l'Union européenne dans le domaine d'accès au contenu du droit étranger, afin que le jugement puisse être exécuté à l'étranger et notamment dans l'État membre dont le juge est doté d'une compétence spéciale en la matière. Les procédés coopératifs instaurés dans le but de faciliter l'accès au contenu des lois nationales permettent de nouer un véritable dialogue entre les juges prenant appui sur le réseau judiciaire européen institué en matière civile et commerciale.

Ainsi, le juge d'un pays de l'Union, qui doit appliquer la loi d'un autre État membre, peut recourir directement au juge de cet État afin d'obtenir des informations au sujet du contenu de cette loi. Cette coopération peut être renforcée grâce aux nouvelles technologies de communication, qui facilitent les échanges entre juges, comme la technique de la vidéoconférence. Par ailleurs, il convient de préciser qu'au sein de l'espace judiciaire européen, les dispositifs de coopération prévus dans le domaine d'obtention des preuves peuvent être mobilisés, lorsqu'il est nécessaire d'effectuer des constatations sur place à l'étranger, surtout en matière immobilière.

849. ***L'hypothèse de demande soulevée à titre incident***. Quant à l'hypothèse de question soulevée à titre incident, il s'agit d'un cas de figure plus fréquent, dans le cadre duquel il n'est pas souhaitable d'obliger systématiquement le juge à surseoir à statuer, comme le préconise la CJUE en matière de propriété intellectuelle[1466]. Nous avons expliqué les défauts de cette solution, qui porte atteinte aux besoins de l'économie de la procédure et à la bonne administration de la justice, conduisant dans tous les cas à la dispersion du contentieux.

À l'image de la solution proposée lorsque la question est invoquée à titre principal, il est préférable d'attribuer une marge d'appréciation au juge saisi et lui permettre, s'il considère que la question incidente soulève de difficulté sérieuse, de surseoir à statuer et soit accorder un délai aux parties pour saisir le juge étranger doté de la compétence spéciale soit transférer directement la partie de l'affaire à celui-ci. Si, en revanche, le juge compétent au fond estime que la question

[1466] CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LuK, Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. WILDERSPIN ; *RTDE* 2007, p. 679, obs. *Schmidt-Szalewski*. V. *supra*, n° 274 et s..

préalable ne soulève pas de difficulté sérieuse, il pourrait statuer sur celle-ci, en préservant la bonne application de la loi étrangère à travers les procédés coopératifs, qui sont prévus afin de simplifier l'accès au contenu des lois nationales[1467].

Ce modèle alternatif d'organisation des compétences, suggéré au niveau européen, ne remet pas en cause les systèmes juridictionnels spécifiques mis en place en matière de marques de l'Union européenne et dans le domaine des brevets, car ces systèmes sont adaptés aux particularités des titres de propriété intellectuelle à caractère unitaire. La voie de l'institution d'un mécanisme véritablement fédéral a été choisie sur le plan européen en matière de propriété intellectuelle, grâce à l'unification du droit substantiel dans ce domaine.

850. ***La possibilité de recourir à une solution alternative à l'exclusivité de la compétence dans un espace judiciaire fortement intégré***. Il faut, enfin, préciser que la solution alternative que nous proposons peut trouver un terrain privilégié pour se développer dans l'espace judiciaire européen, car il s'agit d'un espace fortement intégré. En effet, au sein de l'Union européenne, des dispositifs de coopération modernisés ont été institués en matière civile et commerciale, permettant d'instaurer un dialogue fluide entre les tribunaux des États membres.

Ces mécanismes de coopération interjuridictionnelle pourraient être mobilisées afin d'échapper à l'exclusivité de la compétence juridictionnelle, conduisant à un modèle de compétence plus souple, qui paraît préférable, que la solution rigide, consistant à établir des compétences exclusives dans un espace, qui est censé être fondé sur la confiance mutuelle et la coopération.

Le besoin de flexibilité est encore plus pressant, lorsque la question relevant de la compétence exclusive du juge d'un État membre est soulevée à titre incident devant la juridiction d'un autre pays de l'Union, car le caractère exclusif de la compétence oblige systématiquement le juge saisi à surseoir à statuer, entraînant dans tous les cas l'éparpillement du contentieux.

[1467] Une approche similaire pourrait être suivie concernant le recours à l'arbitrage si l'État membre en cause admet l'arbitrabilité pour les litiges relatifs au statut réel des biens immobiliers et à la validité des sociétés ou des droits intellectuels, v. *supra* n° 837.

Dans les rapports entre les États membres et les États tiers à l'Union européenne, les compétences exclusives qui sont prévues actuellement peuvent être conservées[1468]. Une différence de régime juridique concernant d'une part les relations entre les pays de l'Union et d'autre part les relations avec les États tiers peut exister, dans la mesure où la coopération judiciaire mis en place entre les États membres est beaucoup plus étroite.

[1468] Sur l'effet réflexe des compétences exclusives et plus largement la prise en compte des compétences exclusives des États tiers en droit national ainsi qu'en droit européen, v. *supra* n° 378s. et n° 441-454.

Bibliographie

OUVRAGES GÉNÉRAUX :

- **ANCEL (B.)** et **LEQUETTE (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5e éd., 2006.
- **BEGUIN (J.)** et **MENJUCQ (M.)**, *Droit du commerce international*, LexisNexis, 3e éd., 2019.
- **BOUREL (P.)**, **DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.)** et **LOUSSOUARN (Y.)**, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10e éd., 2013.
- **BUREAU (D.)** et **MUIR-WATT (H.)**, *Droit international privé*, Puf, coll. « Thémis », 4e éd., 2017.
- **CADIET (L.)** et **JEULAND (E.)**, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11e éd., 2020.
- **CLAVEL (S.)**, *Droit international privé*, Dalloz Hypercours, 5e éd., 2018.
- **GUINCHARD (S.)**, **CHANAIS (C.)**, **FERRAND (F.)** et **MAYER (L.)**, *Procédure civile*, Dalloz Hypercours, 6e éd., 2019.
- **MAYER (P.)** et **HEUZÉ (V.)**, *Droit international privé*, Précis Domat, Montchrestien, 12e éd., 2019.
- **MENJUCQ (M.)**, *Droit international et européen des sociétés*, Précis Domat, éd. Montchrestien, 5e éd., 2018.
- **NIBOYET (M.-L.)** et **DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, (G.)**, *Droit international privé*, LGDJ, 7e éd., 2020.
- **SERAGLINI (Ch.)** et **ORTSCHEIDT (J.)**, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2e éd., 2019.
- **VIVANT (M.)**, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 3e éd., 2020.

OUVRAGES SPÉCIAUX :

- **AZEMA (J.)** et **GALLOUX (J.-C.)**, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 8e éd., 2017.
- **GUINCHARD (S.)**, **CHAINAIS (C.)** et **FERRAND (F.)**, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 32e éd., 2014.
- **GAUDEMET-TALLON (H.)** et **ANCEL (M.-E.),** *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 6e éd., 2018.

- **MAGNUS (Ul.)** et **MANKOWSKI (P.**), *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, München Köln: Sellier European Law Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016.
- **PATAUT (E.), BOLLÉE (S.)**, **CADIET (L.)** et **JEULAND (E.)** (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS éditions, 2013.
- **PERROT (R.)** et **THÉRY (Ph.)**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3e éd., 2013.
- **UBERTAZZI (B.)**, *Exclusive jurisdiction in intellectual property*, Mohr Siebeck, 2012.

FASCICULES ET RÉPERTOIRES :

- **ALEXANDRE (D.)** et **HUET (A.)**, « Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale », *Rép. dt. int.*, Dalloz, octobre 2019 (actualisation : juin 2021).
- **BERAUDO (J.-P.)**, « Commission rogatoire : matière civile », *Rép. dt. int.*, Dalloz, février 2017 (actualisation : juin 2017).
- **BERAUDO (J.-P.)** et **BERAUDO (M.-J.)**, « Convention de Bruxelles du 27 septembre1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement (CE) n° 44/2001du Conseil du 22 décembre 2000. - Règles ordinaires de compétence - Compétences maritimes - Compétences dérivées », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 3023, 1 août 2017.
- **BERAUDO (J.-P.)** et **BERAUDO (M.-J.)**, « Convention de Bruxelles, conventions de Lugano et Règlements (CE) n° 44/2001 et (UE) n° 1215/2012. – Compétence – Compétences exclusives – Compétences en raison de la matière : contrats d'assurance et contrats conclus par les consommateurs », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 3010, 9 avril 2019.
- **GAUDEMET-TALLON (H.)**, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *Rép. dr. int*. Dalloz, mars 2019 (actualisation : février 2021).
- **HUET (A.)**, *« Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », J.-Cl. Int.*,fasc. 581-40, 3 juillet 2018.
- **MENJUCQ (M.)**, « Synthèse – Faillites internationales », *J.-Cl. dr. int*., 11 juillet 2017.
- **MUIR WATT (H.)** et **CREACH (M.)**, « Expertise », *Rép. dt. int*. Dalloz, octobre 2016.
- **RABOURDIN (P.)** et **MUIR WATT (H.)**, « Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère », *Rép. dr. int*., Dalloz, avril 2017 (actualisation : janvier 2018).
- **STURLÈSE (B.)**, « Entraide judiciaire : matière civile », *Rép. dt. int.*, Dalloz, décembre 1998 (actualisation : avril 2017).
- **SYNVET (H.)**, « Société », *Rép. dr. int*., Dalloz, août 2004 (actualisation : février 2010).
- **THÉRY (Ph.)**, « Voies d'exécution », *Rép. dt. int*. Dalloz, janvier 2013.

- **USUNIER (L.)**, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale - Compétence - Règles de compétence exclusives - Article 24 du règlement (UE) n° 1215/2012 », *J.-Cl. dt. int.*, fasc. 584-160, 24 février 2015.
- **USUNIER (L.)**, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale – compétence – exceptions à l'exercice de la compétence – conflits de procédures – articles 29 à 34 du règlement (UE) n° 1215/2012 », *J.-Cl. dt. int.*, fasc. 584-170, 7 octobre 2015.
- **USUNIER (L.)**, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale - Compétence - Règles ordinaires de compétence – Compétences dérivées – Article 8 du règlement (UE) n° 1215/2012 », *J.-Cl. dt int.*, fasc. 584-140, septembre 2014.
- **DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.)**, « Jugement étranger (Matières civile et commerciale) », *Répertoire Droit international*, Dalloz, septembre 2013 (actualisation : septembre 2020).
- **VIVANT (M.)**, « Brevets d'invention. – Juge compétent en matière de brevets. – Compétence interne », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4110, décembre 2020, n° 35, p. 27.

THÈSES :

- **D'AVOUT (L.)**, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006.
- **BONIFAY (E.)**, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, LGDJ, 2017.
- **CORBION (L.)**, *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- **CORNELOUP (S.)**, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du DIP*, LGDJ, Paris 2003.
- **DROZ (G.)**, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne*, Dalloz, 1972.
- **HOLLEAUX (D.)**, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, Dalloz*, préface H. Batiffol, 1970.
- **KALAFATOGLU (M.)**, *L'arbitrabilité en matière de propriété industrielle, Étude en droit de l'arbitrage international*, L'Harmattan, 2018.
- **LOPEZ DE TEJADA (M.)**, *La disparition de l'exequatur*, thèse Paris II, 2011.
- **MEHTIYEVA (K.)**, *La notion de coopération judiciaire*, préface Loïc Cadiet, LGDJ Lextenso, 2020.

- **MOUSSERON (J.-M.)**, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, thèse LGDJ 1961.
- **PAMBOUKIS (Ch.)**, *L'acte public étranger en droit international privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 219, 1993.
- **PATAUT (E.)**, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions, (Étude de droit international privé)*, LGDJ, préface P. Lagarde, 1999.
- **NUYTS (A.)**, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003.
- **SCHERER (M.)**, *Le nom en DIP*, LGDJ, Paris, 2004.
- **SINAY-CYTERMANN (A.)**, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse, Strasbourg, 1980.
- **SYNVET (H.)**, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, Rennes, 1979, dactyl..
- **USUNIER (L.)**, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, éd. Economica, Paris, 2008.
- **MAILHÉ (F.)**, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, Economica, Paris 2016.

COMMUNICATIONS ET COURS :

- **ANCEL (B.)**, *Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères*, Trav. comité fr. DIP 1986-1987.
- **AUDIT (B.)**, *Le droit international privé en quête d'universalité : Cours général*, RCADI, vol. 305, 2003.
- **D'AVOUT (L.)**, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, RCADI, vol. 397, 2019.
- **BROß (S.)** conférence à l'Institut Max Planck pour l'innovation et la concurrence le 12/05/2017 sur le thème « La pratique de délivrance des brevets en vertu de la Convention européenne des brevets – Érosion de la règle de droit ? ».
- **COUCHEZ (G.)**, *Les incidences de la réforme des voies d'exécution sur le droit international privé*, Trav. comité fr. DIP 1996-1997, p. 133.
- **CUNIBERTI (G.)**, *Le fondement de l'effet des jugements étrangers*, RCADI, vol. 394, 2018.
- **DROZ (G.)**, *Les droits de la demande dans les relations privées internationales*, Trav. Comité fr. DIP 1993-1994, p. 97 et s.

- **FERNÁNDEZ ARROYO (D. P.)**, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI, vol. 323, 2006.
- **LAGARDE (P.)**, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé*, RCADI, 1986, vol. 196.
- **von MEHREN (A.)**, *Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: a comparative study of the doctrine, policies and practices of common and civil-law systems*, RCADI, vol. 295, 2002.
- **MEYER-FABRE (N.)**, *L'obtention des preuves à l'étranger*, Trav. Comité fr. DIP 2002-2004.
- **PATAUT (E.)**, « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international privé », dans *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque, SFDI, 2017.
- **PICONE (P.)**, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI, 1986, t. 197.
- **SCHLOSSER (P.)**, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, RCADI, vol. 284, 2000.
- **TIBURCIO (C.)**, *International Co-operation in Civil Matters*, RCADI, vol. 393, 2018.
- **VÉRON (P.)**, *Le brevet européen à effet unitaire et la juridiction unifiée du brevet*, Trav. comité fr. DIP 2012-2014.
- Présentation du Maître P. VÉRON au colloque *Journée de jurisprudence brevets FNDE ASPI* du 10 novembre 2016 à Paris sur le thème « L'impact du Brexit sur la Juridiction unifiée du brevet et sur le brevet unitaire ».

ARTICLES :

- **ANCEL (B.),** « Renvoi et unité de compétence juridictionnelle en matière de succession internationale », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 399.
- « Du juge compétent et du droit applicable à une succession internationale », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 53.
- **ANCEL (B.)** et **MUIR WATT (H.)**, *« L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », Rev. crit. DIP* 2005, p. 569.
- **ANCEL (M.-E.)**, « De la connexité, condition de la compétence en cas de pluralité de défendeurs », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 618.
- « L'arrêt *GAT* : une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe », *Comm. com. électr*. 2007, chron. 10, p. 14.

- **AZZI (T.)**, « Note - 28 février 2008, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) », *Rev. arb*. 2009.

- « Les conflits de procédures », in *Droit international privé et propriété intellectuelle : un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, C. Nourissat et E. Treppoz (dir.) 2010, p. 199.

- « Arbitrabilité et validité du titre en droit français », *Rev. arb*. 2014, p. 323.

- « La pluralité de défendeurs dans le contentieux international de la contrefaçon : interprétation de l'article 6-1° du règlement Bruxelles I », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 305.

- **D'AVOUT (L.)**, « La circulation automatique des titres exécutoires nationaux imposées par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *Rev. crit. DIP* 2006.1.

- « Les successions internationales et la détermination du juge le mieux placé pour en connaître », *D.* 2010, p. 2955.

- « Dialogue transatlantique autour d'une règle uniforme de compétence judiciaire », *JDI* 2012, 241.

- « Règlement insolvabilité, procédure de sauvegarde et coopération loyale entre États membres », *JCP G* 2013, p. 62.

- « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, p. 120.

- Commentaire groupé des arrêts *Daily Mail*, *Centros* et *Cartesio*, *Grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 2e éd., Puf, 2014, n° 34, p. 163.

- « Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 541.

- « Suites de la jurisprudence *Centros* : les sociétés *off shore* rattrapées par le droit local de l'insolvabilité », *JCP G* n° 11, mars 2016, 304.

- « Fictivité de société et compétence exclusive du juge du siège social », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 537.

- « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *D.* 2017, p. 2512.

- **BADEL (F.)**, « Le contentieux de l'annulation du titre », *Rev. arb*. 2009, p. 313.

- **BATIFFOL (H.)**, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *Mélanges Kollewijn et Offerhaus*, Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht, Leyde 1962.

- **BELLET (P.)**, « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché Commun », *Clunet*, 1965.

- **BERAUDO (J.-P.)**, « Le règlement du 22 déc. 2000 concernant la compétence et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2001, p. 1038.

- **BOCKSTIEGEL (K.-H.)**, « Public Policy and Arbitrability », in Pieter Sanders (éd), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series, Volume 3, *Kluwer Law International* 1987.

- **BOLLÉE (S.)**, « Voies d'exécution. – Saisie-attribution. – Effets. – Attribution immédiate au profit du saisissant. – Banque tiers saisi. – Personnalité morale. – Fonds détenus dans une succursale située à l'étranger », JDI 2008, p. 1100.

- « Les effets des jugements étrangers », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, p. 157.

- **CACHARD (O.)**, « L'exclusivité » in *Mélanges en l'honneur de Jacques Foyer, Le monde du droit*, 2008, Economica, p. 215.

- **CADIET (L.),** « Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale », *Les cahiers de la justice*, 2013/3, p. 73.

- « The Emergence of a Model of Cooperative Justice in Europe: Horizontal Dimensions » in Center for Judicial Cooperation, EUI Distinguished Lectures, San Domenico di Fiesole, European University Institute, 2014.

- « Towards a New Model of Judicial Cooperation in the European Union », in *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, L. Cadiet, B. Hess, M. Requejo Isidro (éds.), Nomos, 2015.

- **CANIVET (G.)**, « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », *Petites affiches*, 5 oct. 2004, p. 48.

- **CAZALA (J.),** « L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE », *RTD eur*. 2018, p. 597.

- **CHALAS (Ch.)**, « L'affaire Ferrexpo : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 359.

- **CHIARINY (A.-C.)**, « Un point sur l'application de l'article 8-1 RBI bis aux contentieux en contrefaçon plurilocalisés à la veille de l'accord sur la JUB », *Rev. crit. DIP* 2017, p. 357.

- **CHOLET (D.)**, « L'admission des expertises judiciaires transfrontalières », *Gaz. Pal*., 16/04/2013, n° 106.

- **COHEN (D.)**, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 585, n° 46.

- **COUCHEZ (G.)**, « De l'administration de la preuve au regard des conventions de Bruxelles du 27 sept. 1968 et de La Haye du 18 mars 1970 », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 80.
- **CUNIBERTI (G.)**, « Conditions et régime de l'exception de connexité internationale », *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 42.
- « Le principe de territorialité des voies d'exécution », *JDI* 2008, p. 963.
- **DROZ (G.)**, *« La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano »*, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 1.
- **ÉGÉA (V.)**, « Une source d'inspiration pour l'espace judiciaire civil européen : le Règlement Bruxelles II *bis* », in M. Douchy-Oudot et E. Guinchard (dir.), *La justice civile européenne en marche*, colloque Dalloz p. 37.
- **FERNÁNDEZ ARROYO (D.P)**, « Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law : Will They Ever ? », in Festschrift für E. Jayme, Sellier, 2004, tome I, p. 169.
- **FERRAND (F.)**, « Les principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale : vers une harmonisation mondiale de la procédure civile ? », *Gaz. Pal.* 28 mai 2005, n° 148, p. 9.
- **FRAGISTAS (Ch.)**, « La compétence internationale exclusive en droit privé », *Studi in onore di Antonio Segni*, vol. II, Milano, 1967, p. 199.
- **FRANCESCAKIS (Ph.)**, « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt Simitch de la Cour de cassation », *Rev. crit. DIP* 1985, p. 258.
- **FRANZINA (P.)**, « Les acteurs de l'espace judiciaire européen en matière civile », in M. Douchy-Oudot et E. Guinchard (dir.), *La justice civile européenne en marche*, Dalloz, 2012, p. 18.
- **GAILLARD (E.),** « L'affaire *Achmea* ou la logique des conflits », *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 616.
- **GALLOUX (J.-Ch.)**, « Législation : le brevet européen à effet unitaire et l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet (19 avril 2013) », *RTD com.* 2013, p. 243.
- **GAUDEMET-TALLON (H.)**, « Le privilège de juridiction ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870.
- **GHERA (Th.)**, « La dématérialisation des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne, vecteur de transcendance des particularismes nationaux », *Rev. huissiers*, 2021, p. 279.
- **GODECHOT-PATRIS (S.)**, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes.. », D. 2012, p. 2462.

- **GURRY (F.)**, « Objective arbitrability, antitrust disputes, intellectual property disputes », séminaire tenu le 19 novembre 1993 à Zurich sous les auspices de l'Association Suisse d'Arbitrage, publiés dans *ASA Special Series* n° 6, mars 1994, p. 117.
- **HENRY (L.-C.)**, « Le nouveau règlement « insolvabilité » : entre continuité et innovations », *D.* 2015, p. 979.
- **HERVÉ (A.)**, « L'appel au juge : l'Union européenne souhaite juridictionnaliser le contentieux de l'investissement », *RTD Eur*. 2016, p. 631.
- **HESS (B.)**, « Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 215.
- **HUET (A.)**, « L'incidence de la territorialité des marques et brevets nationaux sur la compétence des tribunaux français en matière de contrefaçon », Mélanges Burst, Litec, 1997, p. 253.
- **JAULT-SESEKE (F.)**, « Règlement Insolvabilité : compétence exclusive des juridictions de l'État d'ouverture en matière d'action annexe », *BJS* févr. 2019, n° 119j9, p. 48.
- **JAULT-SESEKE (F.)** et **PATAUT (E.)**, « Le citoyen européen et son nom », in *Europa als Rechts- und Lebensraum - Liber Amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag*, Gieseking Verlag, pp. 371-384, 2018.
- **JAULT-SESEKE (F.)** et **ROBINE (D.)**, « Le règlement n° 2015/848 : le vin nouveau et les vieilles outres », *Rev. crit. DIP*, 2016, p. 21.
- **KLEINER (C.)**, « Le transfert de siège social en droit international privé », n° 23, *JDI* n° 2, avril 2010, 4.
- **KOROM (V.)**, « Jurisprudence *Achmea* : la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne ? », *D*. 2018, p. 2005.
- P. LAGARDE,.
- **LAGARDE (P.)**, « Liberté d'établissement et reconnaissance mutuelle des sociétés », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508.
- « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 691
- **LASSERRE-CAPDEVILLE (J.)**, « Une nouvelle procédure utile en matière de recouvrement : l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires », *Gaz. Pal*., 6 nov. 2014, n° 197s7, p. 9.
- **LEBEAU (D.)** et **NIBOYET (M.-L.)**, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le Règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal*. rec. 2003, p. 221.

- **MASTRULLO (Th.)**, « Jurisprudence – Communautés européennes », *Gaz. Pal*., 24 mars 2009 n° 83, p. 12.

- « La coopération entre les acteurs intervenant dans les procédures d'insolvabilité après la révision du règlement (CE) n° 1346/2000 », Rev. proc. coll. 2015, dossier 7, n° 8.

- « Champ d'application matériel : première rencontre entre le droit européen des procédures d'insolvabilité et le droit d'établissement des sociétés », *Revue des procédures collectives* n° 6, Novembre 2016, comm. 171.

- « Droit à la transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union : la CJUE passe la troisième ! », *Bull. Joly Sociétés*, janv. 2018, n° 117d8, p. 19.

- **MAYER (P.)**, « La notion de coordination et le conflit de juridictions », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, p. 5.

- **MECARELLI (G.)**, « La signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires en Europe, dix ans après », in M. Douchy-Oudot et E. Guinchard (dir.), *La justice civile européenne en marche*, Dalloz, 2012, p. 99 et s.

- **DE MELLO (X.)**, « L'expérience des arbitres (ou l' « espérance » des arbitres) », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994.

- **MENJUCQ (M.)**, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *D*. 1999 p. 550.

- « Rattachement de la société européenne et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ? », *D.* 2003, p. 2874.

- « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés : du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *JCP E*, n° 12 mars 2003, 448.

- « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », dans *Mélanges Y. Guyon, Dalloz*, 2003.

- « Société », *JDI Clunet* n° 3, juillet 2004.

- « La notion du siège social : une unité introuvable en droit communautaire et en droit international », *Mélanges en l'honneur de J. Béguin*, Litec, 2005.

- « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *JCP G* n° 7, février 2009, II 10027.

- « La Cour de justice libéralise la transformation transfrontalière des sociétés », *JCP E* n° 3, 18 Janvier 2018, 1014.

- « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *JDI Clunet* n° 3, juillet 2020, biblio. 8.

- **MOUSSERON (J.-M.)**, **RAYNARD (J.)** et **VÉRON (P.)**, « Cross-Border Injuctions – A French perspective », in *International review of industrial property and copyright law*, Max-Planck-Institute for Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, Munich, C. H. Beck, 1998.

- **MUIR WATT (H.)**, « Renversement de la jurisprudence *Nassibian* : La seule présence en France d'un bien ayant fait l'objet d'une saisie conservatoire n'est plus de nature à fonder la compétence internationale des juridictions de ce pays pour se prononcer au fond sur la créance invoquée par le saisissant », *JCP*, 1995, II 22430.

- « Compte rendu de l'ouvrage de Fernández Arroyo (Diego P.) : El arrendiamento de immeubles en la Union Europea », *Rev. crit. DIP* 1998, p. 372

- **NAMMOUR (F.)**, « Droit libanais - Arbitrage et propriétés intellectuelles en droit libanais : éléments de comparaison avec le droit français », *Comm. com. électr.* n° 1, Janvier 2006, étude 1, n° 6.

- **DE NANTEUIL (A.)**, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *JDI* Janvier 2017, doctr. 2.

- **NIBOYET (M.-L.)** et **SERINET (Y.-M.)**, « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS Editions, 2013, p. 87.

- **NIBOYET (M.-L.)**, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2006, var. 14.

- « Une nouvelle action déclaratoire : l'action aux fins de déclaration d'incompétence internationale (l'affaire *Flash Airlines*) », *Gaz. Pal*. 21 févr. 2009, p. 48.

- **NUYTS (A.)**, « La théorie de l'effet réflexe », in *Le droit processuel et judiciaire européen, Bruxelles, La Charte*, 2003, p. 73.

- « La refonte du règlement Bruxelles I », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 1.

- **PATAUT (E.)**, « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *D*. 2004, p. 491.

- « Compétence internationale et contentieux des marques : entre droit international privé et droit communautaire », *Gaz. Pal*. 28 oct. 2005, p. 5.

- « Remarques sur la compétence internationale », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), IRJS éd., 2013, p. 23.

- « Vers un état civil européen ? », *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vrellis*, Nomiki Bibliothiki S.A, pp. 635, 2013.

- **PAULINO PEREIRA (F.)**, « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 1 et s.

- **PERRET (F.)**, « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention » in *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage mélanges offerts à Claude Reymond*, Litec, 2004, p. 235.

- **RAYNARD (J.)**, « Droit des brevets et du savoir-faire industriel », *D.* 2009, p. 453.

- « L'exclusivité du juge du titre », in *Droit international privé et propriété intellectuelle : un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, C. Nourissat et E. Treppoz (dir.) 2010, p. 181.

- « Arbitrage et propriété intellectuelle – Contributions au colloque du Comité français de l'arbitrage, 18 octobre 2013 : Introduction générale », *Rev. arb.*, vol. 2014 Issue 2, p. 269.

- **RICHARD (V.)**, « La refonte du règlement sur l'obtention des preuves en matière civile », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 67.

- « La refonte du règlement sur la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 349.

- **TREPPOZ (E.)**, « Étude comparée des principes de l'American Law Institute et du Max Planck Institut sur le droit international privé et la propriété intellectuelle » in *Droit international privé et propriété intellectuelle : un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, C. Nourissat et E. Treppoz (dir.) 2010, p. 271.

- « Conflit de juridictions : validité d'une décision des organes sociaux », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 922.

- « Compétence internationale en matière de contrefaçon de brevet européen », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 472.

- **UBERTAZZI (B.)**, « Infringement and Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property : a Comparison for the International Law Association », *Revue de droit de la propriété intellectuelle, des technologies de l'information et du commerce électronique 3 (3) 2012.*

- **DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.)**, « La compétence internationale de l'espace judiciaire européen », *Mélanges en l'honneur d'H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 397.

- « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011. 207.

- « Conclusions d'un internationaliste », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, p. 189.

- **VÉRON (P.)**, « Trente ans d'application de la Convention de Bruxelles à l'action en

contrefaçon de brevet d'invention », *JDI* 2001, p. 805.

- « Le règlement (UE) n° 542/2014 modifiant le règlement Bruxelles I (refonte) concernant les règles applicables à la juridiction unifiée du brevet et à la Cour de justice Benelux », *JDI*, n° 2, avril 2016, var. 4.

- **VÉRON (P.)** et **BOUCHE (N.)**, « La juridiction unifiée du brevet : une révolution dans le contentieux européen », *Cah. du droit de l'entreprise*, 25 janv. 2014, p. 43.

- **VIVANT (M.)**, « Le commerce électronique, défi pour le juge », *D.* 2003, chron. 674.

- « Cherche litige non arbitrable laborieusement », *Rev. Lamy dr. aff.* juin 2004, n° 15.

- **WILDERSPIN (M.)**, « La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777.

- **ZARKA (J.-Cl.)**, « L'arrêt du 13 février 2020 de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, relatif à l'accord sur une Juridiction unifiée du brevet », *LPA* 28 août. 2020, n° 154, p.6.

ÉTUDES ET RAPPORTS :

- Rapport SCHLOSSER sur la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice.

- Rapport JENARD, MÖLLER sur la Convention de Lugano du 16 sept. 1988, JOCE n° C 189 du 28 juillet 1990.

- Rapport ALMEIDA CRUZ, DESANTES REAL, JENARD sur la Convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989, JOCE n° C 189 du 28 juillet 1990.

- Rapport explicatif de P. LAGARDE sur la Convention de la Haye de 1996 portant sur la protection des enfants, disponible sur http://www.hcch.net.

- Doc. prél. N° 7 d'avril 1997 C. KESSEDJIAN, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Conférence de La Haye de droit international privé, disponible sur http://www.hcch.net.

- Doc. prél. N° 8 de novembre 1997, C. KESSEDJIAN, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Conférence de La Haye de droit international privé, disponible sur http://www.hcch.net.

- Rapport NUGH/POCAR 11 août 2000 sur l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté à la Conférence de la Haye le 30 octobre 1999, disponible sur http://www.hcch.net.
- Rapport explicatif de T. HARTLEY et M. DOGAUCHI sur l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, Doc. prél. N° 26, déc. 2004, disponible sur http://www.hc ch.net
- Doc. prél. n° 11A de mars 2009 - L'accès au contenu du droit étranger et le besoin de développer un instrument mondial dans ce domaine – orientations possibles, disponible sur http://www.hcch.net.
- Doc. prél. n° 11 B de mars 2009 - L'accès au contenu du droit étranger. Rapport de la réunion d'experts sur la coopération internationale relative à l'information juridique en ligne sur le droit interne, disponible sur http://www.hcch.net.
- Rapport sur l'application du règlement (CE) n° 44/2001, 21 avr. 2009, (COM) 2009 174 final.
- Rapport POCAR sur la Convention de Lugano du 30 octobre 2007, JOUE n° C 319 du 23 déc. 2009.
- Rapport sur l'accès au droit, n° 2015/C 97/03.
- G. KAUFMANN-KOHLER et M. POTESTÀ, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism ?*, Genève CIDS, juin 2016.
- Rapport explicatif établi par F.- J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et Geneviève SAUMIER sur la base du projet de convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale de novembre 2017, disponible sur http://www.hcch.net

JURISPRUDENCE :

Jurisprudence de l'Union européenne

- CJCE 14 décembre 1977, *Sanders*, aff. C-73/77, *JDI* 1978. 388, obs. J.-M. BISCHOFF, *RTD com*. 1978. 657, obs. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL.
- CJCE, 27 mars 1979, aff. 143/78, *De Cavel* : *D.* 1979, inf. rap. p. 457, obs. B. AUDIT ; *JDI* 1979, p. 681, note A. HUET ; *Rev. crit. DIP* 1980, p. 621, note G. DROZ.

- CJCE, 21 mai 1980, aff. 125/79, *Denilauler, Rev. crit. DIP* 1980, p. 787, note E. MEZGER ; *JDI* 1980, p. 939, obs. A. HUET

- CJCE 15 nov. 1983, aff. 288/82, *Duinjstee, RTD eur*. 1984. 316, obs. G. BONET, *JCP E* 1984. I. 13389, obs. G. BONET, J.-B. BLAISE, *Rev. crit. DIP* 1984. 366, note G. BONET.

- CJCE, 4 juill. 1985, aff. 220/84, *A.S. Autoteile c/ Malhé, Rev. crit. DIP* 1986, p. 147, note E. MEZGER ; *JDI* 1986, p. 449, obs. A. HUET.

- CJCE, 15 janv. 1985, aff. 241/83, *Rösler c/ Rottwinkel, Rev. crit. DIP* 1986, p. 128, note G. A. L. DROZ ; Gaz. Pal. 1985, II, somm. p. 156, note J. MAURO ; JDI 1986, p. 439, obs. A. HUET.

- CJCE, 6 juillet 1988, aff. 158/87, *Scherrens c. Maenhout, Rev. crit. DIP* 1989, p. 548, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1989, p. 454, obs. A. HUET.

- CJCE 27 sept. 1988, *Daily Mail*, aff. C-81/87, *RTDE* 1989, p. 260, obs. CARTOU ; *JDI* 1989, p. 429, note BOUTARD-LABARDE, *RTD europ*. 1990, pp. 229-239, note. Y. LOUSSOUARN.

- CJCE, 10 janv. 1990, aff. 115/88, *Reichert I, Rev. crit. DIP* 1991, p. 151, note B. ANCEL.

- CJCE, 27 juin 1991, aff. C-351/89, *Overseas Union Insurance Ltd c/ New Hampshire Insurance Company, Rev. crit. DIP* 1991, p. 764, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1992, p. 493, obs. A. HUET.

- CJCE, 26 févr. 1992, aff. C-280/90, *Hacker c/ Euro-Relais, D.* 1992, p. 454, note F. OSMAN ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 74, note G. A. L. DROZ.

- CJCE, 26 mars 1992, aff. C-261/90, *Reichert II, Rev. crit. DIP* 1992, p. 714, note B. ANCEL ; *JCP N* 1992, 101611, note E. KERCHOVE.

- CJCE, 17 mai 1994, aff. C-294/92, *Webb c/ Webb, Rev. crit. DIP* 1995, p. 123 (1re esp.), note J.-P. BERAUDO.

- CJCE 9 juin 1994, aff. C-292/93 *Lieber c. Göbel, Rev. crit. DIP* 1995. 126, note J.-P. BÉRAUDO, *JDI* 1995.477, note J.-M. BISCHOFF.

- CJUE, 17 nov. 1998, *Van Uden*, aff. C-391/95, *JDI* 1999, p. 621, note A. HUET, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 340, note J. NORMAND.

- CJCE 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *D.* 1999, *Cahier droit des affaires*, juris., p. 550, note M. MENJUCQ ; *JCP E* 1999, p. 1285, obs. Y. REINHARD ; *JDI 2000*, p. 484, obs. M. LUBY.

- CJCE, 27 janv. 2000, aff. C-8/98, *Dansommer, Rev. crit. DIP* 2000, p. 264, note H. MUIR-WATT ; *Europe* 2000, n° 84, obs. L. IDOT, *JDI* 2000. 550, obs. A. HUET.

- CJCE 5 avril 2001 aff. C-518/99 *Gaillard c. Chekili, JDI* 2002. 621, obs. A. HUET, *RTD com*. 2002. 207, obs. A. MARMISSE, *JCP 2001*. 2261, note C. BRUNEAU.

- CJCE 5 nov. 2002 *Überseering*, aff. C-208/00, *JCP E* 2003, n° 448, note M. MENJUCQ, *Europe* 2003, comm. n°19 L. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508, note P. LAGARDE.

- CJCE 30 sept. 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *D*. 2004, p. 491, note E. PATAUT ; *JDI* 2/2004, note M. MENJUCQ.

- CJCE 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello, D.* 2004. 1476, note M. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 2004. 184, note P. LAGARDE ; *RTD eur*. 2004. 559, note A. ILIOPOULOU

- CJCE, 9 déc. 2003, aff. C-116/02, *Erich Gasser GmbH c/ MISAT Srl, D.* 2004, p. 1046, note Ch. BRUNEAU ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 444, note H. MUIR-WATT ; *JDI* 2004, p. 641, obs. A. HUET.

- CJCE, 1er mars 2005, aff. C-281/02, *Owusu c/ Jackson, Gaz. Pal*. mai-juin 2005, somm. p. 1958, note M.-L. NIBOYET ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 698, note C. CHALAS.

- CJCE, 28 avr. 2005, n° C-104/03, *St Paul Dairy, Europe* 2005, comm. 229, note L. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 742, note E. PATAUT.

- CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-73/04, *Klein c/ Rhodos Management Ltd*, *Europe* 2005, comm. 421, obs. L. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 183, note H. MUIR-WATT.

- CJCE 2 mai 2006, aff. C-341/04, *Eurofood, D.* 2006. 1286, obs. A. LIENHARD, 1752, note R. DAMMANN , et 2250, obs. F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2006. 360, note J.-P. RÉMERY ; *Rev. crit. DIP* 2006. 811, étude F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE.

- CJUE 18 mai 2006, aff. C-343/04 *Land Oberösterreich c/ ČEZ, Europe* 2006, n° 229, obs. L. IDOT, Procédures 2007, comm. 61, obs. C. NOURISSAT, *RJ com*. 2006. 337, obs. A. RAYNOURD, *RDI* 2006. 356, obs. F.-G. TRÉBULLE.

- CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT c/ LuK, Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, n° 37 ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. WILDERSPIN ; *RTDE* 2007, p. 679, obs. SCHMIDT-SZALEWSKI ; M.-E. ANCEL, « L'arrêt *GAT* : une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe », *Comm. com. électr*. 2007, chron. 10, p. 14.

- CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-539/03, *Roche Nederland BV e.a. c/ Primus et Goldenberg, Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. WILDERSPIN ; *Prop. intell*. 2006, p. 471, note J.-C. GALLOUX ; *D.* 2007, p. 336, obs. J. RAYNARD ; *RTDE* 2007, p. 679, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; *Prop. industr*. 2007, étude 3, chron. A.-C. CHIARINY-DAUDET ; *Prop. industr*. 2007, étude 13, chron. Ph. PÉTERS.

- CJCE 12 sept. 2006, *Cadburry Schweppes*, aff. C-196/04, *D*. 2007, p. 2562, obs. L. *d'Avout* et S. Puf, 2014, n° 34, p. 163 et s.

- CJCE 11 oct. 2007, aff. C-98/06, *Freeport, RTD com*. 2008. 451, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, *D.* 2008. 1516, obs. F. JAULT-SESEKE, *Europe* 2007. Comm. 363, obs. L. IDOT.

- CJCE, 2 oct. 2008, aff. C-372/07, *Nicole Hassett c/ South Eastern Health Board* : *Europe* 2008, comm. 432, obs. L. IDOT ; *RTD com.* 2008, p. 896, obs. A. MARMISSE-D'ABADIE D'ARRAST ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 71, note B. ANCEL ; *D.* 2009, p. 2384, obs. L. D'AVOUT.

- CJCE 14 oct. 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*, *Rev. crit. DIP* 2009. 80, note P. LAGARDE.

- CJCE, Gde Ch., 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aff. C-210/96, *Gaz. Pal.* 22-24 mars 2009, p. 12 et s., note T. MASTRULLO ; *JCP G* 2009, II, 10027, note M. MENJUCQ.

- CJUE, 12 avr. 2011, *DHL Express*, aff. C-235/09, *Europe* 2011, comm. 228, L. IDOT.

- CJUE, 12 mai 2011, aff. C-144/10, *BVG Verkehrsbetriebe c/ JP Morgan Chase Bank NA*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 922, note E. TREPPOZ ; *D.* 2011, act. jurispr. p. 1425, pan. p. 2437, obs. S. BOLLÉE ; *RTD com.* 2011, p. 814, obs. A. MARMISSE-D'ABADIE D'ARRAST.

- CJUE, 20 oct. 2011, *Interedil*, aff. C-396/09, *Rev. proc. coll*. 2011, étude 32 , note M. MENJUCQ ; *D.* 2011, p. 2593, obs. A. LIENHARD.

- CJUE 1er déc. 2011, aff. C-145/10, *Painer*, pts 72 et s., *D.* 2012, 471, note N. MARTIAL-BRAZ, *ibid*. 1228 obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE.

- Civ. 1re, 7 déc. 2011, *West Caribbean Airways*, *JDI* 2012, p. 1384, note S. CLAVEL ; *D.* 2012, p. 254, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2012, p. 414, note 264 par L. D'AVOUT.

- CJUE 3 octobre 2013, *Schneider*, aff. C-386/12, *Rev. crit. DIP* 2014. 182, note S. CORNELOUP, *Procédures* 2013, comm. 346, obs. C. NOURISSAT.

- CJUE, 12 juill. 2012, aff. C-616/10, *Solvay c/ Honeywell*, *Europe* 2012, comm. 413, note L. IDOT ; *Procédures* 2012, comm. 281, note C. NOURISSAT ; *RTDE* 2012, p. 957, obs. E. TREPPOZ.

- CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *VALE Építési kft*, *JCP E* 2012, 1547, note Th. MASTRULLO ; *JCP G* 2012, 1089, note M. MENJUCQ ; *Bull. Joly* 2012, p. 735, note R. DAMMANN.

- CJUE, 6 sept. 2012, n° C-170/11, *Lippens*, *Europe* 2012, comm. 470, note L. IDOT ; *Procédures* 2012, comm. 352, note C. NOURISSAT.

- CJUE, 21 févr. 2013, n° C-332/11, *ProRail BV c/ Xpedys NV et a.*, *Gaz. Pal.*, 16/04/2013, n° 106.

- CJUE, 3 avr. 2014, aff. C-438/12, *Weber c/ Weber* : *Rev. crit. DIP* 2014, p. 704, note L. D'AVOUT.

- CJUE, 23 oct. 2014, aff. C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS*, *Europe* 2014, comm. 560, obs. L. IDOT.

- CJUE 16 juillet 2015, *Diageo Brands BV*, aff. 681/13, *Procédures* 2015, com. 297, C. NOURISSAT.

- CJUE, 10 déc. 2015, aff. C-594/14, *Kornhaas*, *JCP G* 2016, doctr. 241, n° 10, obs. M. MENJUCQ ; *JCP G* 2016, 304, L. D'AVOUT ; *Europe* 2016, comm. 84, L. IDOT ; *Rev. des proc. coll*. n° 6, Novembre 2016, comm. 171, obs. T. MASTRULLO.

- CJUE 17 décembre 2015, *Virpi Komu*, aff. C-605/14, *Europe* 2016, comm. 80, note L. IDOT, *RTD com*. 2016. 362, note A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST.

- CJUE 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, AJ fam. 2016. p. 392, obs. M. SAULIER ; *RTD eur*. 2016. p. 648, obs. E. PATAUT.

- CJUE 16 novembre 2016 aff. C-417/15 *Wolfgang* Schmidt, Concl. J. KOKOTT.

- CJUE 14 juillet 2016 aff. C-230/15 *Brite Strike Technologies*, F. MÉLIN, « Relations entre le règlement Bruxelles I *bis* et les conventions internationales », *Dalloz actualité*, 2 sept. 2016.

- CJUE 8 juin 2017, aff. C-541/15, *Freitag*, *RTD eur*. 2017. 589, obs. E. PATAUT ; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 549, obs. P. HAMMJE.

- CJUE, 27 sept. 2017, aff. C-24/16 et C-25/16, *Nintendo c/ BigBen*, *D.* 2018, p. 972, obs. S. CLAVEL, p. 978, obs. F. JAULT-SESEKE, p. 1574, obs. J.-C. GALLOUX et P. KAMINA, et p. 1940, obs. L. D'AVOUT ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 835, note T. AZZI ; *RTD eur*. 2018, p. 851, obs. E. TREPPOZ.

- CJUE 5 octobre 2017 aff. C-341/16 *Hanssen Beleggingen*, F. MÉLIN, « Litige relatif à une marque : portée de la règle de compétence exclusive du règlement Bruxelles I », *Dalloz actualité*, 18 oct. 2017.

- CJUE, 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*, *D.* 2017, p. 2512, note D'AVOUT ; *JCP E* 2017, 1014, note M. MENJUCQ ; *Bull. Joly Sociétés*, 2018, p. 19, note T. MASTRULLO ; *Rev. Europe*, 2017, p. 462, note D. Simon.

- CJUE 6 mars 2018, aff. C-284/16, *République slovaque c. Achmea BV*, P. PINSOLLE, I. MICHOU, « Arbitrage : l'arrêt *Achmea*, la fin des traités d'investissements intra-UE ? », *Dalloz actualité* 7 mars 2018 ; D. SIMON, « L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de justice ? À propos de l'arrêt du 6 mars 2018, *Achmea* », *Europe*, n° 5, 2018, étude 3 ; C. NOURISSAT, « La clause d'arbitrage contenue dans un traité bilatéral d'investissement n'est pas compatible avec le droit de l'Union européenne », *Procédures* 2018 n° 5 p.18 ; E. GAILLARD, « L'affaire *Achmea* ou la logique des conflits », *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 616 ; V. KOROM, « Jurisprudence *Achmea* : la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne ? », *D.* 2018, p. 2005 ; J. CAZALA, « L'incompatibilité avec le droit de l'Union

européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE », *RTD eur*. 2018, p. 597.
- CJUE 7 mars 2018 C-560/16 *E.ON Czech holding AG, BJS* 2018, p. 417, note M. MENJUCQ, *RTD Com*. 2018, p. 517, note A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, *D*. 2018, p. 1934, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE.
- CJUE, 14 nov. 2018, n° C-296/17, *Wiemer & Trachte GmbH BJS* févr. 2019, n° 119j9, p. 48.
- CJUE, 3 sept. 2020, *Supreme Site Services*, aff. C-186/19 ; Concl. H. Saugmandsgaard Øe.

Jurisprudence française

- Civ. 12 mai 1931, *Compagnie française de navigation Cyprien Fabre*, *DP* 1933. 1. 60, note SILZ.
- Civ. 5 juill. 1933, *Nagalingampoullé*, *S*. 1934. I. 337, note NIBOYET.
- Civ. 1re 7 janv. 1964, *Munzer*, *Rev. crit. DIP* 1964. 302, note BATIFFOL *; JDI* 1964. 302, note GOLDMAN ; *JCP* 1964. II. 13590, note B. ANCEL.
- Civ. 1re 27 mai 1970, *Weiss*, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 113, note H. BATIFFOL.
- Soc., 22 novembre 1972, n° 7140.482, *Bloch*, *Rev. crit. DIP*, 1973. 565, note H. BATIFFOL, *JDI* 1973. 722, note G. LYON-CAEN.
- Ass. plén., 14 octobre 1977, n° 75-40.119, *Bloch*, *Rev. crit. DIP*, 1978. 166 ; *JDI* 1978. 305, note G. LYON-CAEN ; *D*. 1978. 77, note P. LAGARDE.
- Civ. 1re 6 nov. 1979, n° 77-15.856, *Nassibian*, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 588, note G. COUCHEZ ; *JDI* 1980, p. 95, rapp. A. PONSARD.
- Civ. 1re 6 févr. 1985, *Simitch*, *Rev. crit. DIP* 1985. 243, chron. FRANCESCAKIS ; *JDI* 1985. 460, note HUET ; *D.* 1985. 469, note MASSIP ; *D.* 1985. IR 497, obs. AUDIT.
- CA Versailles, 9 avr. 1993, *Soc. Luxguard c. Soc. SN Sitraco et autres*, *Rev. crit. DIP* 1995. 80, note G. COUCHEZ ; *JCP G*, n° 21, 1995, II 22436., note P.-A. ROSENFELD.
- CA Paris, 19 mai 1993, *Soc. Labinal c/ Soc. Mors et Soc. Westland Aerospace Ltd*, *Rev. arb*., 1993. 645, note Ch. JARROSSON ; *JDI*, 1993 p. 957, note L. IDOT ; *RTD com*., 1993, p. 494, obs. E. LOQUIN et J.-C. DUBARRY.
- CA Paris, 24 mars 1994, *Deko*, *Rev. arb*., 1994.515, note Ch. JARROSSON ; *JCP E*, 1995 I 471, n° 1, obs. J.-J. BURST et J.-M. MOUSSERON ; *D*., 1996, somm. comm., p. 21, obs. J.-M. MOUSSERON et J. SCHMIDT ; *RTD com*., 1995.416, obs. J. AZEMA.
- Civ. 1re 17 janvier 1995, n° 92-1016, *Méridien Breckwoldt*, *Rev. crit.* 1996, p. 133, note Y. LEQUETTE ; *JCP*, 1995, II 22430, note de H. MUIR WATT.

- Civ. 1re 11 février 1997, n° 94-21500, *Strojexport*, Bull. civ. I n° 47, p. 30, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *Dalloz*, 5e éd., 2006, n° 59-60.

- Civ 1re 22 juin 1999, n° 96-22.546, *Soc Maurigarments Trading and Marketing Ltd c. M. Benichou et autres, Rev. crit. DIP* 2000, p. 42, note. G. CUNIBERTI.

- Com. 22 juin 1999, n° 98-13.611, *Baltic shipping*, Bull. n° 136, *D.* 2000. 389, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *ibid*. 234, obs. J.-C. HALLOUIN ; *Rev. sociétés* 1999. 824, note A. CONSTANTIN ; *RTD com*. 1999. 875, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *ibid*. 903, obs. Y. REINHARD ; *Rev. Joly sociétés* 1999. 978, note A. COURET ; DMF 2000. 535, note P. BONASSIES

- Civ. 1re 21 mars 2000, *Ballestrero*, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 399, note B. ANCEL ; *JDI* 2001, p. 505, note M. REVILLARD ; *D*. 2000, p. 539, obs. F. BOULANGER.

- Civ. 1re 6 mai 2003, n° 01-01.774, *RTD com*. 2004. 281, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Gaz. Pal*. 16-18 nov. 2003. 22, note M.-L. NIBOYET.

- Civ. 1re 30 juin 2004, *Stolzenberg*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2005, p. 112, note G. CUNIBERTI.

- Civ. 1re 23 mai 2006, n° 04-12.777, *Prieur, D.* 2006, p. 1880 ; *JCP G* 2006, II, 10134, note P. CALLÉ ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2006, comm. 20, p. 1377, note C. CHALAS.

- Civ. 1re 20 juin 2006, *Wildenstein*, *JDI* 2007, p. 125, note H. GAUDEMET-TALLON ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 383, note B. ANCEL ; *D.* 2007, p. 1710, note P. COURBE.

- Civ 1re 22 mai 2007, n° 04-14.716, *Fercométal, ; D.* 2007, p. 1596, obs. I. GALLMEISTER *; JDI* 2007, comm. 17, p. 956, note B. ANCEL et H. MUIR-WATT *; Rev. crit. DIP* 2007, p. 610, note H. GAUDEMET-TALLON.

- Crim. 31 janv. 2007 n° 02-85.089 et 05-82.671, *Total Elf Gabon*, *Dr. soc*. avril 2007, n°83, obs. R. SALOMON.

- Civ. 2e 14 févr. 2008, n° 05-16.167 : *D.* 2008, p. 686, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD civ.* 2008, p. 357, obs. R. PERROT ; *RTD com*. 2008, p. 601, obs. D. LEGEAIS ; *JDI* 2008, p. 1100, note S. BOLLÉE.

- CA Paris, 28 févr. 2008, *Liv Hidravlika*, *Rev. propr. ind*. 2009, n° 1 p. 25, obs. J. RAYNARD ; *JCP E* 2008, n° 1582, obs. C. CARON, *Rev. arb*. 2009, p. 168, note T. AZZI ; *JCP G* 2008, I, 164, n°6, obs. J. BÉGUIN ; *RTD com*. 2008, p. 516, obs. E. LOQUIN ; *D.* 2008, pan., p. 3113, obs. Th. CLAY.

- CA Paris 6 mars 2008, *Flash Airlines*, *JDI* 2009, p. 171, note G. CUNIBERTI ; *JCP* 2008, II, 10115, note C. BRUNEAU ; *D.* 2008, p. 1452, note P. COURBE et pan. P. 1516, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Gaz. Pal.* 21 févr. 2009, p. 48, note M.-L. NIBOYET.

- Civ. 1re 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Monster Cable*, *JDI* 2009. 599, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN ; *D.* 2009. 200, note JAULT-SESEKE ; *D.* 2009. Pan. 2384, obs. S. BOLLÉE.

- Civ. 1re 11 févr. 2009, *Riley*, *JDI* 2009, p. 567, note H. PÉROZ ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 515, note B. ANCEL ; *D.* 2009, p. 1658, note G. LARDEUX ; *Dr. et pat*. 2009, n° 107, note M.-E. ANCEL.

- Crim. 10 mars 2010 n° 09-82453, *Midnight pearls international Ltd, Rev. soc*. févr. 2011, p. 114 et s., note M. MENJUCQ.

- Com. 15 mars 2011, n° 09-72027, *D.* 2011. Pan. 2434, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE, *BJS* 2011. 917, note M. MENJUCQ, *Rev. sociétés* 2011. 714, note Th. MASTRULLO, *JCP E* 2011, n° 1529, note J.-P. LEGROS.

- CA Paris, 28 avr. 2010, *Vivendi Universal SA*, *Gaz. Pal*. 28-29 mai 2010, p. 11, obs. M. AUDIT et M.-L. NIBOYET ; *D.* 2010, p. 1224, obs. X. DELPECH et p. 2323, obs. S. BOLLÉE ; *JCP* 2010, chron. 1191 par E. JEULAND.

- Civ. 1re 23 juin 2010, *Tassel*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 53, note B. ANCEL ; *JDI* 2010, p. 1263, note H. PEROZ ; *D.* 2010, p. 2955, note L. D'AVOUT.

- Tribunal de commerce de Paris 31 janv. 2012, *RG* n° 2011-030421.

- Civ. 1re 22 mars 2012, n° 11-12.964, *D.* 2013. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 911, note O. BOSKOVIC.

- CJUE, 22 nov. 2012, *Handlowy c. Christianopol*, aff. C-116/11, *Rev. proc. coll*. 2013, comm. 29, obs. T. MASTRULLO ; *JCP G* 2013, 1134, n° 10, note M. MENJUCQ.

- Com. 16 avril 2013, n° 11-25.956, *Hippocampe*, *Rev. sociétés* 2013, p. 637, note M. MENJUCQ, *BJS* 2013 p. 742, note B. DONDERO.

- Civ. 1re 12 juin 2013, *Victocor Technologies*, *JCP G*, 2013, doctr. 784, n° 3, obs. Ch. SERAGLINI ; *D.*, 2013, p. 2938, obs. Th. CLAY.

- Crim. 25 juin 2014 n° 13-84.445, *Protesic trans SL*, *Rev. soc*. 2015, p. 50, note M. MENJUCQ.

- Cass. com. 21 oct. 2014, *Artifax Trading* n° 13-11.805, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 541, note L. D'AVOUT, *D*. 2015, p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid*. p. 2031, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE.

- Civ 1re 9 septembre 2015, *Petrona Tower*, n° 14-12658, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 537, note L. D'AVOUT.

- Com. 5 avril 2016 n° 13-22.491, *D.* 2016, 2025, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *ibid* 2017, 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, *Dalloz IP/IT* 2016, 305, obs. T. AZZI.
- Civ 1re, 4 mai 2017, n° 16-12853, *Société Euroinvest intermed c/ société Compagnie européen de gestion immobilière et services*, *Bull. Joly* 2017, p. 539, note M. MENJUCQ ; *Revue des sociétés* 2017, p. 648, note Th. MASTRULLO.
- Civ 1re 11 avril 2018, n° 16-24653, *BJS* juin 2018, p. 330, note Th. MASTRULLO.
- Civ. 1re 3 oct. 2018, n° 17-20.296, *D.* 2019, p. 475, note K. MEHTIYEVA ; *Rev. crit. DIP* 2019, p. 215, note S. MENETREY et G. CUNIBERTI.

Jurisprudence étrangère

- District Court for the Southern District of Iowa, *Aérospatiale c/ United States*, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 559, note A. DYER.
- Court of Appeal, 26 mai 1995, *Grupo Torras and Torras Hostench London Ltd c/ Sheikh Fahad Mohammed Al-Sabah and others, International Litigation Procedure* 1995, p. 584 (résumé) ; 1995, p. 667 (texte intégral) ; *New Law Journal* 1995, p. 1151-1160, note P. FRIEDMAN.
- House of Lords, 12 juin 2003, *Kuwait Oil Tanker Co S.A.K. / Qabazard*, site Curia, inf. n° 2003/36.
- Court of Appeal de Londres, 12 novembre 2004, *Speed Investments Ltd c/ Slec Holding Ltd/Formula one Holding Ltd and others,* site Curia, inf. n° 2005/38.
- Cour de cassation italienne, 12 janvier 2005, *DDM c. CCM*, *RD aff. Int.* 2/2006, p. 25.
- District Court de la Haye, *Single Buoy Moorings v. Bluewater,* 11 avril 2007.
- High Court de Londres, 3 avril 2012, *Ferrexpo AG v Gilson Investments Ltd & Ors*, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 359. note C. CHALAS.
- Cour constitutionnelle allemande, 13 février 2020, *LPA* 28 août. 2020, n° 154, p. 6, note J.- Claude ZARKA.

TEXTES INTERNATIONAUX

Textes européens

Conventions et règlements

- Convention sur la délivrance de brevets européens, signée à Munich le 5 octobre 1973.
- Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.
- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE.
- Règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen (TEE) pour les créances incontestées.
- Convention Benelux sur la propriété intellectuelle (CBPI) – signée le 25 février 2005 et entrée en vigueur le 1er septembre 2006.
- Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.
- Règlement (UE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instaurant une procédure européenne de règlement des petits litiges.
- Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007.
- Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (« signification ou notification des actes »), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil.
- Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.
- Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

- Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte).
- Règlement (UE) n° 1257/2012 du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet.
- Règlement (UE) n° 1260/2012 du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction.
- Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet du 19 février 2013.
- Règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale.
- Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.
- Règlement (UE) n° 2015/2421 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le règlement (CE) n° 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.
- Règlement (UE) n° 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016, visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne.
- Règlement (UE) n° 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne.
- Règlement (UE) n° 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.
- Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte).
- Règlement (UE) 2020/1783 du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2020 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (obtention des preuves) (refonte), JOUE 2 déc. 2020, L 405/1.
- Règlement (UE) 2020/1784 du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2020 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires

en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes) (refonte), JOUE 2 déc. 2020, L 405/40.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 2 décembre 2020 relatif à un système de communication informatisé pour les procédures civiles et pénales transfrontières (système e-CODEX), et modifiant le règlement (UE) n° 2018/1726 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Directives

- Directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.
- Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.
- Directive 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

Décisions

- Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité.
- Décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête.
- Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.
- Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales.
- Décision n° 568/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant la décision 2001/470/CE du Conseil relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale.

Conclusions

- Conclusions 2017/C 441/05 du Conseil du 6 novembre 2017 sur l'identifiant européen de la législation.
- Conclusions 2011/C 127/01 du Conseil du 29 avril 2011 préconisant l'introduction d'un identifiant européen de la jurisprudence et un ensemble minimal de métadonnées uniformes pour la jurisprudence.

Communications

- Communication 2004/C 101/03 de la Commission du 27 avril 2004 relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence.
- Communication 2004/C 101/04 de la Commission du 27 avril 2004 sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE.

Conventions et accords internationaux

Conventions internationales

- Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers.
- Projet de Convention sur les conflits de lois en matière de sociétés proposé par l'*International Law Association*, lors de la session d'Hambourg en 1961.
- Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.
- Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.
- Convention de La Haye du 25 octobre de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.
- Conventions de La Haye du 29 mai 1993 sur l'adoption internationale.
- Convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la protection des mineurs.
- Avant-projet de Convention de La Haye de 1999 sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.

- Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for.
- Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.
- Conventions élaborées sous l'égide de la Commission Internationale sur l'État civil :
    - Convention n° 25 du 6 septembre 1995 sur le système du codage des énonciations figurant dans les documents d'état civil.
    - Convention n° 30 du 17 septembre 2001 relative à la communication internationale par voie électronique.
    - Convention n° 33 du 19 septembre 2012 sur l'utilisation de la Plateforme de la Commission Internationale de l'État Civil de communication internationale de données d'état civil par voie électronique.
    - Convention n° 34 du 14 mars 2014 sur délivrance d'extraits d'actes et de certificats plurilingues et codés.

Accords internationaux

- Accord de libre-échange entre l'UE et le Canada signé le 30 octobre 2016.
- Accord de libre-échange entre l'UE et Singapour signé le 19 octobre 2018.
- Accord de libre-échange entre l'UE et le Vietnam signé le 30 juin 2019.

PROPOSITIONS DOCTRINALES

- Proposition allemande de règlement unifiant le droit international privé des sociétés du février 2006 (Délibération du *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*, présentation H.-J. SONNENBERGER, traduction fr. dans *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 712 et s.).
- « American Law Institute Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes », (ALI Principles), St. Paul, MN : American Law Institute, 2008.
- Proposition du Groupe européen de droit international privé consacrée à l'étude de la question de l'internationalisation du RBI, adoptée lors de sa réunion à Bergen en septembre 2008, disponible sur https://gedip-egpil.eu
- « Transparency of Japanese Law Project, Transparency Proposal on Jurisdiction, Choice of Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Intellectual Property » finalisés en 2009 (Transparency Proposal).

- « Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights, Joint Proposal Drafted by Members of the Private International Law Association of Korea and Japan » adoptés le 14 octobre 2010 (Joint Korean and Japanese Proposal).
- « Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, prepared by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property » (CLIP Principles), Oxford University Press, 2013.
- Proposition du Groupe européen de droit international privé sur la loi applicable aux sociétés, élaborée lors de sa réunion à Milan en septembre 2016, disponible sur https://gedip-egpil.eu.
- « Lignes directrices de Kyoto sur la propriété intellectuelle et le droit international privée », adoptées par l'Association de droit international le 13 décembre 2020, disponibles sur http://www.law.kyushu-u.ac.jp/programsinenglish/kyoto-guidelines/

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe

A

Action en justice
- et coopération internationale : 745
- intérêt à agir : 366, 749
- nouvelles figures de l'action civile : 747s.

Action en opposition à exécution : 233s.
- affaire *Autoteile* : 229s., 244
- et compétence exclusive : 236s.
- et compétence incidente du juge de l'exécution : 248
- et règlements européens : 245s.

Arbitrage
- arbitrabilité du contentieux de validité des brevets : 304s., 572s., 606s., 837
- droits étrangers (suisse, belge, américain) : 598s.

Article 24 RBI *bis* : 42s.

B

Brevets européens : 103, 277, 611
- brevets européens à effet unitaire : 671s.
- harmonisation matérielle : 203, 282, 673
- v. aussi *arbitrage*

C

Coïncidence entre *forum* et *jus* : 81s.
- objections : 198s.

Compétence dérivée : 254s.

Compétence exclusive
- assouplissement : 203, 572s., 613s., 813s.
- conflits de compétences exclusives : 459s.
- droits de tradition civiliste : 22s.
- droits de *common law* : 35s., 357s.
- en matière d'exécution des décisions : 132s., 154s., 228s.
- en matière d'inscription sur les registres publics : 129s., 165s.
- en matière de propriété intellectuelle : 99s., 146s., 272s.
- en matière de sociétés : 104s., 150s., 471s.
- en matière immobilière : 71, 89s., 142s.
- et arbitrage : 574s.
- et conflit de procédures (litispendance, connexité) : 49s.
- et États tiers à l'Union européenne : 349s., 362s.
- exception en matière de baux d'immeubles : 204s., 249s., 623
- interprétation stricte : 96, 112s., 133, 284s., 624

Conventions de La Haye
- Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale : 727s.
- Convention de La Haye du 25 octobre de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : 723
- Conventions de La Haye du 29 mai 1993 sur l'adoption internationale : 723
- Convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la protection des mineurs : 724s.
- avant-projet de Convention de La Haye de 1999 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et

commerciale : 60, 206, 270, 317s., 480, 618
- Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for : 61, 320s., 620
- Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale : 62s., 207, 258, 325s., 620

Coopération internationale
- dans des matières de droit public : 801s.
- dans l'espace judiciaire européen : 753s., 775s.
- dans le système des Conventions de La Haye : 721s.
- dialogue judiciaire transfrontière : 740s., 780s., 820s.
- en matière d'accès au contenu de la loi étrangère : 735s., 768s., 826, 833
- en matière de l'état civil : 167s.
- en matière d'insolvabilité : 784s.
- en matière d'obtention des preuves : 727s., 761, 826
- en matière de sociétés : 552
- en matière successorale : 790s.
- et question préjudicielle : 263, 561, 635, 832
- et technologies numériques : 755s., 763
- notion : 710s.
- réseaux de coopération : 773s.

E

Effet réflexe : 379s., 835
- affaire *Ferrexpo* : 401s.
- affaire *Owusu* : 394s.
- et conflit de procédures (litispendance, connexité) : 416s.
- et *forum non conveniens* (affaire *Harrods*) : 392s.
- proposition du GEDIP : 445s.
- solution proposée : 450s.

***Exequatur* (suppression)** : 187s., 245, 799s.

F

Fonctionnement des services publics : 76
Forum arresti : 240s.
Forum non conveniens : 263, 358s., 724s., 776s., 793, 805
Fraude : 503s., 532s., 547s.

I

Impérativité de la loi : 82s.
- et arbitrage : 211
- et ordre public international : 208s.

Instance
- nouvelles formules de gestion de l'instance : 808s.
- modèle coopératif de règlement des litiges : 810s.

Investissements
- affaire *Achmea* : 174s.
- mécanisme de résolution des litiges : 172, 178s.

J

Juridiction unifiée du brevet : 192, 671s., 798
- coopération renforcée : 678s.
- structure : 685s.
- système de justice fédéral : 703

L

Liberté d'établissement : 498s.

M

Marques de l'Union européenne : 103, 643s.
- compétence exclusive européenne décentralisée : 648s., 798

- harmonisation matérielle : 203, 636, 828
- institution fédérale : 644s.
- marques Benelux : 656s.

Monopole territorial de la contrainte : 72s.

O

Ordre juridique prépondérant : 92s., 215, 827

P

Portée des compétences exclusives (en présence de demandes incidentes) : 226s., 265s., 675
- affaire *BVG* : 116, 284s.
- affaire *GAT* : 271s.
- effets de la décision incidente : 296s., 308s., 589s.
- et arbitrage : 303s.
- et conventions de La Haye : 317s.
- textes de *soft law* : 301s.
- solution proposée : 261s., 337s., 830s., 838s.

S

Saisie conservatoire des comptes bancaires : 163s.

Siège de société : 106
- différentes conceptions : 471s.
- fictivité : 127, 289, 548s., 558s.
- et article 24 RBI *bis* : 477s., 534s., 545s.
- et insolvabilité : 520s., 536s.
- harmonisation de la loi en matière de sociétés : 525s.
- interprétation uniforme : 545s.
- prédominance du siège statutaire : 498s., 526s.
- transfert du siège statutaire : 516s.

Souveraineté
- et compétence internationale des juridictions : 193s.
- principe : 68s., 139s., 171

T

Transfert de compétence
- en matière de concurrence : 804
- en matière familiale : 263, 776s.
- en matière successorale : 795
- solution proposée : 823s., 830s.

V

Voies d'exécution (principe de territorialité) : 155s.

Table des matières

Remerciements ..... **V**
Résumé ..... **VII**
Principales abréviations ..... **XI**
Sommaire ..... **XV**
INTRODUCTION **1**
PARTIE I : LA REMISE EN CAUSE DES RÈGLES DE COMPÉTENCE EXCLUSIVE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ **15**
Chapitre I - Les fondements des règles de compétence exclusive **15**
Section I : La raison d'être des compétences exclusives 15
§1 La notion de compétence exclusive en droit international privé et l'identification des fors exclusifs en raison de la matière en droit national et en droit international 16
I. La notion de compétence exclusive en droit international privé 16
II. L'identification des fors exclusifs en raison de la matière en droit national et en droit international 18
A. Les compétences exclusives en raison de la matière en droit national 18
1. Les droits de tradition romano-germanique : l'exemple du droit français 18
2. Les droits de *common law* 28
B. Les compétences exclusives en raison de la matière en droit international 30
1. Les compétences exclusives en raison de la matière en droit européen 30
a. La genèse de l'article 16 de la Convention de Bruxelles 31
b. La notion de compétence exclusive dans le RBI *bis* 33
i. Les conséquences de l'exclusivité au stade de l'instance directe 33
ii. Les conséquences de l'exclusivité au stade de l'instance indirecte 40
2. Les compétences exclusives en raison de la matière prévues par des conventions internationales 43
§2 La justification des règles de compétence exclusive 47
I. Le principe de souveraineté 47
A. Le principe de souveraineté en tant que fondement de compétence internationale des juridictions 47
B. La manifestation de la souveraineté de l'État selon les cas de compétence exclusive 50
II. Les considérations privatistes de commodité procédurale 55
Section II : Les spécificités propres à chacune des règles de compétence exclusive prévues en droit européen 59
§1 L'exclusivité en matière de propriété 60
I. La compétence exclusive en matière immobilière 60
A. La raison d'être de la compétence exclusive en matière immobilière 60
B. Le champ d'application de l'article 24 §1 RBI *bis* 62
II. La compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle 66
§2 L'exclusivité en matière de personnes morales 69
I. La raison d'être de la compétence exclusive en matière de sociétés 70
II. La détermination difficile du domaine d'application de l'article 24 §2 RBI *bis* 72
III. La solution retenue par la Cour de justice de l'Union européenne et la position de la jurisprudence française : la nécessité d'une interprétation stricte de la compétence exclusive en matière de sociétés 75
A. L'interprétation restrictive de la compétence exclusive en matière de sociétés par la Cour de justice 76

B. L'alignement de la jurisprudence française sur celle de la Cour de justice 83
§3 L'exclusivité en matière d'intervention d'autorités publiques 86
I. La compétence exclusive en matière d'inscription sur les registres publics 86
II. La compétence exclusive en matière d'exécution des décisions 88
Conclusion du Chapitre I 92
Chapitre II - La remise en question des fondements des compétences exclusives 93
Section I : La faiblesse de l'argument tiré de la protection de la souveraineté étatique 94
§1 La faiblesse de l'argument fondé sur la protection de la souveraineté étatique dans les différentes matières visées par les règles de compétence exclusive 94
I. La faiblesse de l'argument tiré de la protection de la souveraineté en matière de propriété 94
A. La faiblesse de l'argument tiré de la protection de la souveraineté en matière immobilière 94
B. La faiblesse de l'argument tiré de la protection de la souveraineté en matière de propriété intellectuelle 98
II. La faiblesse de l'argument tiré de la protection de la souveraineté dans les autres matières visées par les règles de compétence exclusive 101
A. La faiblesse du principe de souveraineté en tant que fondement de la compétence exclusive en matière de sociétés 101
B. L'affaiblissement du principe de souveraineté en tant que fondement de la compétence exclusive en matière d'exécution des décisions 104
1. La contestation du principe de la territorialité des voies d'exécution 104
2. L'institution des mesures d'exécution internationales 111
C. Le caractère plutôt incontestable de la compétence exclusive prévue en matière d'inscriptions sur des registres publics 112
§2 La renonciation des États à exercer leur compétence dans des matières fortement imprégnées de l'idée de la souveraineté étatique 117
I. La renonciation des États à exercer leur compétence juridictionnelle dans des matières inextricablement liées à la souveraineté étatique 117
A. Le mécanisme de résolution des litiges en matière d'investissements 117
1. L'évolution constatée en matière d'investissements : l'affaire *Achmea* 118
2. Les critiques apportées à la solution 120
3. La recherche d'un organe en charge de la résolution des conflits en matière d'investissements 123
4. La judiciarisation du règlement des différends entre investisseurs et États 126
B. La suppression de l'*exequatur* en droit européen 131
C. La création de la Juridiction unifiée du brevet 134
II. La notion de souveraineté dans le cadre de la compétence internationale des juridictions 135
Section II : La faiblesse de la justification de l'exclusivité des règles de compétence par des considérations pratiques 138
§1 La coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable 138
I. Les objections formulées quant à la coïncidence entre compétence et loi 138
A. L'inexistence de corrélation mécanique entre compétence exclusive et applicabilité d'une loi de police du for 139
B. L'exception introduite à la compétence exclusive en matière de baux d'immeubles 144
II. La préservation de l'impérativité de la loi du for à travers le mécanisme de l'ordre public international 148

A. Le droit international privé commun 150
B. Le droit international privé européen 152
§2 Les autres considérations pratiques invoquées afin de justifier les compétences exclusives 156
Conclusion du Chapitre II 159
Conclusion de la Partie I 160
PARTIE II : LES PROBLÈMES PRATIQUES CAUSÉS PAR L'EXCLUSIVITÉ DE LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE 161
Chapitre I - La portée problématique des compétences exclusives 161
Section I : Les demandes incidentes invoquées devant le juge doté d'une compétence exclusive 163
§1 La jurisprudence ambiguë de la CJUE 163
I. La question de l'étendue de la compétence exclusive du juge de l'exécution 163
A. Le contexte général de l'affaire 164
B. L'action en opposition à exécution comprise dans le champ d'application de la compétence exclusive 166
C. L'extension de la compétence exclusive aux demandes accessoires 169
1. Le traitement de la question dans les droits nationaux 169
2. Le traitement de la question dans le droit international privé commun 171
3. La solution ambiguë retenue dans l'arrêt *Autoteile* 176
II. La solution équivoque de la Cour de justice en matière de baux d'immeubles 180
§2 La possibilité de reconnaître une compétence facultative au profit du juge doté d'une compétence exclusive 183
I. La règle de compétence dérivée spécifique établie en matière immobilière 183
A. Une règle conçue dans le but de remédier au morcellement du litige 183
B. Le rejet du renvoi au droit procédural national 185
II. L'attribution d'une compétence facultative au juge doté d'une compétence exclusive en présence de demandes incidentes non couvertes par l'article 24 RBI *bis* 187
Section II : Les demandes incidentes invoquées devant le juge non doté d'une compétence exclusive 190
§1 La dualité d'analyse injustifiée retenue par la CJUE 191
I. L'interprétation large de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle 191
A. La règle prévue à l'article 27 RBI *bis* 191
B. La solution contestable retenue dans l'arrêt *GAT* 194
1. Le contexte de l'affaire 194
2. Les défauts de la jurisprudence *GAT* 196
a. La faiblesse des arguments soulevés par la Cour 196
b. L'éparpillement inévitable du contentieux 198
c. Le morcellement inéluctable du contentieux : un risque renforcé par la jurisprudence *Roche* 200
II. L'interprétation stricte de la compétence exclusive en matière de sociétés 205
A. La solution différente retenue par la Cour de justice en matière de sociétés 205
B. Une dualité d'analyse injustifiée 208
§2 Les solutions envisageables 213
I. Le problème des effets attribués à la décision du juge statuant sur la question incidente invoquée en cours d'instance 214
II. L'approche retenue dans des textes internationaux et dans le droit de l'arbitrage international 218

A. L'approche retenue en matière de propriété intellectuelle par des textes de *soft law* et le droit de l'arbitrage international 218
1. La condamnation de la jurisprudence *GAT* dans différents textes de *soft law* 218
2. L'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des titres de propriété intellectuelle en droit français 220
a. Le revirement de jurisprudence 220
b. Une solution peu satisfaisante 224
B. L'approche adoptée par des textes internationaux à propos de différentes matières relevant d'une règle de compétence exclusive 229
1. L'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale 229
2. La Convention sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005 231
3. La Convention sur les jugements étrangers en matière civile et commerciale du 2 juillet 2019 (Convention Jugements) 234
III. La solution proposée dans le cadre européen 239
A. La prise de position de l'Union européenne sur des questions de procédure 239
B. Une solution alternative fondée sur la confiance mutuelle et la coopération 243
Conclusion du Chapitre I 249
Chapitre II - La prise en compte de la compétence exclusive étrangère 251
Section I : La prise en considération des compétences exclusives des États tiers en droit national 252
§1 La bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for : une méthode inappropriée 252
I. La mise en place des règles d'incompétence par effet réflexe du droit national 253
II. Les défauts de la méthode de bilatéralisation des règles de compétence exclusive du for 255
§2 Le recours à une méthode alternative 256
I. L'approche retenue par les droits de *common law* 256
II. Un mécanisme alternatif permettant une meilleure prise en considération de la règle de compétence étrangère 258
A. L'attribution au juge d'une faculté de dessaisissement : le concept correcteur apportée à la méthode de bilatéralisation des compétences exclusives du for 258
B. Une illustration du système proposé tirée de la jurisprudence française en matière de successions 262
Section II : La prise en considération des compétences exclusives des États tiers en droit européen 265
§1 Le débat doctrinal et jurisprudentiel autour de la théorie de l'effet réflexe 267
I. La théorie de l'effet réflexe 267
A. Les arguments invoqués en faveur de la théorie de l'effet réflexe 267
B. La mise œuvre de la théorie de l'effet réflexe : le renvoi au droit national 268
C. La généralisation de la théorie de l'effet réflexe 270
II. La réception de la théorie de l'effet réflexe en droit national et européen 273
A. La condamnation incertaine de la théorie de l'effet réflexe par les rapporteurs des Conventions de Lugano et de Saint Sébastien 273
B. La position de la jurisprudence nationale 275
C. La position de la CJUE 277
D. La consécration de l'effet réflexe par le juge anglais 282
§2 La prise en compte de la théorie de l'effet réflexe dans le cadre du RBI *bis* en cas de conflits de procédures 286
I. L'interprétation du silence des textes européens par la doctrine 286

A. L'interdiction de dessaisissement du juge d'un État membre en faveur des juridictions d'un État tiers ... 286
B. Le renvoi pur et simple au droit national ... 288
II. Le mécanisme de litispendance et de connexité internationale consacré par le RBI *bis* 291
A. La mise en œuvre du mécanisme de litispendance et de connexité extra-européenne ... 291
B. La prise en considération des compétence exclusives dans un cadre restreint ... 294
C. Un mécanisme souple réalisant un mélange entre la tradition du droit civil et celle de la *common law* ... 295
§3 Une prise en considération plus générale des compétences exclusives des États tiers liées à l'objet du litige ... 297
I. Les faiblesses de la théorie classique de l'effet réflexe ... 297
A. Le rejet des approches consistant à interdire totalement le dessaisissement du juge ou opérer un renvoi pur et simple au droit national ... 297
B. Les défauts de la méthode de bilatéralisation des règles de compétence exclusive du RBI *bis* ... 299
C. Le renvoi au droit national afin de fixer les modalités du dessaisissement en tenant compte du point de vue étranger ... 300
II. La solution proposée ... 305
A. La possibilité d'éviter le retour au droit national préconisé par la théorie classique de l'effet réflexe ... 305
B. La proposition du GEDIP ... 307
C. L'attribution d'un effet réflexe à l'article 24 RBI *bis* en faisant intervenir le législateur européen afin de déterminer les modalités du dessaisissement ... 309
Conclusion du Chapitre II ... 313
Chapitre III - Les éventuels conflits de compétences exclusives ... 315
Section I : La matière de sociétés, la principale source de conflits de compétences exclusives ... 315
§1 Les solutions envisageables ... 315
I. Les hypothèses des conflits de compétences exclusives ... 315
II. Les solutions aux conflits de compétences exclusives ... 316
§2 La mise en œuvre problématique de la compétence exclusive en matière de sociétés en raison du critère de rattachement ... 321
I. Les différentes conceptions du siège social ... 321
II. Le renvoi au droit international privé du for ... 323
A. Le but recherché par le renvoi au droit national du for ... 324
B. Les difficultés envisageables en cas de dissociation des sièges statutaire et réel ... 327
1. Le risque des conflits négatifs de compétences ... 327
2. Le risque des conflits positifs de compétences ... 328
a. L'hypothèse de conflit de procédures ... 328
b. Les problèmes surgis en cas de conflit positif de compétences en dehors d'un conflit de procédures ... 329
c. L'hypothèse des décisions contradictoires ... 334
Section II : La recherche d'une notion unitaire de siège social dans le cadre de l'article 24 §2 RBI *bis* ... 335
§1 La jurisprudence européenne adoptée en matière de liberté d'établissement : l'orientation vers un rattachement de principe par le siège statutaire ... 336
I. La consécration en matière d'établissement de la prédominance du siège statutaire ... 336

A. Le respect de la disparité des législations nationales en matière de rattachement des sociétés énoncé dans l'arrêt *Daily Mail* 336
B. La trilogie jurisprudentielle *Centros, Überseering, Inspire Art* : la libéralisation de la jurisprudence 337
II. La survivance de la théorie du siège réel malgré son affaiblissement 345
III. La libéralisation de la jurisprudence européenne en matière de transfert du siège statutaire 348
IV. L'intervention du juge du siège réel en matière d'insolvabilité pour réglementer l'activité locale de la société constituée à l'étranger 350
§2 La tentative d'harmonisation au niveau européen de la loi applicable en matière de sociétés 354
I. L'essor inévitable du critère du siège statutaire 354
II. Les risques engendrés par le recours inconditionnel à l'*electio juris* 357
A. Le risque de disparition des impérativités nationales 357
B. La revendication de la compétence juridictionnelle et législative par le pays du siège réel 359
C. Le choc des unilatéralismes contraires 361
§3 L'interprétation uniforme de la notion de siège dans le cadre de l'article 24 §2 RBI *bis* 366
I. Le rattachement de principe par le siège statutaire 366
II. La limite naturelle de la fraude 367
A. La manifestation de la fraude en cas de dissociation fictive des sièges statutaire et réel 367
B. La jurisprudence française en cas de siège statutaire fictif 373
Conclusion du Chapitre III 376
Conclusion de la Partie II 377
PARTIE III : LE TRAITEMENT ACTUEL DES COMPÉTENCES EXCLUSIVES ET LA RECHERCHE DES SOLUTIONS ALTERNATIVES 379
Chapitre I - L'assouplissement des règles de compétence exclusive 379
Section I : L'arbitrabilité des contestations relatives à la validité des titres de propriété intellectuelle et l'affaiblissement général des compétences exclusives 382
§1 L'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des brevets 383
I. La limite de l'ordre public : un motif insuffisant de l'inarbitrabilité des litiges relatifs à la validité des brevets 383
A. L'impossibilité de justifier l'inarbitrabilité par l'existence d'une compétence exclusive en la matière 384
B. L'interprétation stricte de la réserve de l'ordre public en droit français de l'arbitrage international 388
C. La contestation de l'idée tenant à la mise en jeu de l'ordre public dans un litige relatif à la validité des titres de propriété intellectuelle 389
II. L'effet *inter partes* de la sentence arbitrale portant sur la validité du titre : une solution insatisfaisante 394
A. Les inconvénients de la solution française consistant à accorder un effet *inter partes* à la sentence arbitrale portant sur la validité du titre 395
B. La possibilité de conférer à la sentence un effet absolu 398
1. L'opposabilité aux tiers de la sentence arbitrale annulant le titre 398
2. L'effet *erga omnes* de la décision de l'arbitre admis dans certains droits nationaux 400

III. Les solutions envisageables concernant la question de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité d'un titre de propriété intellectuelle 406
A. L'arbitrabilité de la question de validité d'un titre national 406
B. L'arbitrabilité de la question de validité d'un titre étranger 408
§2 Les autres cas d'affaiblissement des compétences exclusives 410
I. L'affaiblissement de la compétence exclusive en droit national 410
II. L'assouplissement des compétences exclusives en droit international 412
III. L'assouplissement des compétences exclusives en droit européen 415
Section II : La métamorphose de la compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle 421
§1 La mise en place d'un système juridictionnel spécifique en matière de marques 422
I. L'unification des règles de compétence internationale 423
II. L'émergence de la marque de l'Union européenne 426
A. Le système de coopération internationale en matière de marques : une simplification purement administrative 426
B. L'institution de la marque de l'Union européenne assortie d'un système juridictionnel spécifique 429
1. La modification profonde des règles de compétence internationale en matière des marques 429
2. L'apparition de la compétence exclusive européenne décentralisée 432
3. La règle de compétence spécifique en matière des marques Benelux 437
a. L'inconciliabilité de la règle de compétence établie par la convention Benelux avec celle prévue dans le RBI *bis* 437
b. La justification de la dérogation à l'article 22 §4 RBI dans le cadre de l'union régionale 440
c. La comparaison entre le régime Benelux et le régime en matière de marques de l'Union européenne 444
§2 Le brevet européen à effet unitaire et la création de la Juridiction unifiée du brevet 445
I. La compétence juridictionnelle en matière de validité des brevets européens traditionnels 445
II. Le brevet européen à effet unitaire assorti de son propre système juridictionnel 449
A. La mise en place du brevet européen à effet unitaire et de la JUB à travers le mécanisme de la coopération renforcée 449
B. La structure de la JUB et ses compétences juridictionnelles 452
1. La compétence exclusive de la JUB et ses différentes divisions 453
2. Le sort des éventuels conflits de procédure et des demandes reconventionnelles en nullité 455
3. Une juridiction commune à plusieurs États membres 456
Conclusion du Chapitre I 460
Chapitre II - L'atténuation de l'exclusivité à travers la mise en place des mécanismes de coopération entre les juridictions nationales 463
Section I : Les mécanismes de coopération horizontale dans l'espace judiciaire international 468
§1 L'évolution de la coopération au sein du système des Conventions de La Haye 468
I. Le passage d'une coopération indirecte à une coopération semi-directe de type administratif 468
II. La volonté de faciliter et renforcer la coopération interjuridictionnelle en matière d'obtention des preuves et dans le domaine de l'accès à la loi étrangère 473
A. Les dispositifs d'entraide mis en place en matière d'obtention des preuves 473

B. Les procédés coopératifs instaurés dans le domaine de l'accès au contenu de la loi étrangère 478
§2 La coopération entre les juges étatiques en dehors de toute convention internationale 481
I. L'instauration d'un dialogue judiciaire transfrontière en l'absence de toute coopération institutionnalisée : l'affaire *Flash Airlines* 481
II. L'émergence des nouvelles figures de l'action civile 486
Section II : Les mécanismes de coopération horizontale dans l'espace judiciaire européen 489
§1 L'adoption du modèle de la coopération directe 489
I. L'intégration des technologiques numériques aux méthodes de coopération 490
II. L'évolution remarquable de la coopération dans le domaine de recherche des preuves et en matière d'accès au contenu du droit étranger 495
A. Les modes d'obtention des preuves : une réelle avancée pour la coopération judiciaire civile 495
B. Les mécanismes instaurés visant à améliorer l'accès au droit étranger 502
III. L'efficacité de la coopération garantie par l'institution de différents réseaux de coopération 505
§2 L'extension de la portée matérielle de la coopération dans des segments du droit international privé 507
I. La mise en place en matière familiale d'un mécanisme de coopération original inspiré de la doctrine du *forum non conveniens* 507
II. Le nouveau volet de coopération et coordination institué en matière d'insolvabilité afin de faciliter la gestion efficace des procédures 512
III. L'institution des dispositifs de coopération interjuridictionnelle en matière successorale et dans le domaine de la propriété intellectuelle 516
IV. La suppression de l'*exequatur* : une forme de coopération renforcée en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements 521
§3 La mise en place des procédés coopératifs dans des matières de droit public 522
Section III : La mise en œuvre des mécanismes de coopération horizontale dans les matières visées par les règles de compétence exclusive 526
§1 L'apparition des nouvelles formules de gestion de l'instance 527
§2 L'assouplissement de l'exclusivité de la compétence juridictionnelle au sein de l'espace judiciaire européen 531
I. La transformation des compétences exclusives en compétences spéciales dans des matières non liées à l'intervention de l'État en tant que puissance publique 532
II. L'attribution d'une marge d'appréciation au juge saisi en instaurant un dialogue transfrontière entre les juridictions des États membres 536
A. L'hypothèse de question invoquée à titre principal 536
B. L'hypothèse de question soulevée à titre incident 543
III. La nécessité d'adopter une solution alternative concernant le traitement des questions incidentes 548
Conclusion du Chapitre II 550
Conclusion de la Partie III 551
CONCLUSION GÉNÉRALE 553
Bibliographie 559
Index alphabétique 587
Table des matières 591